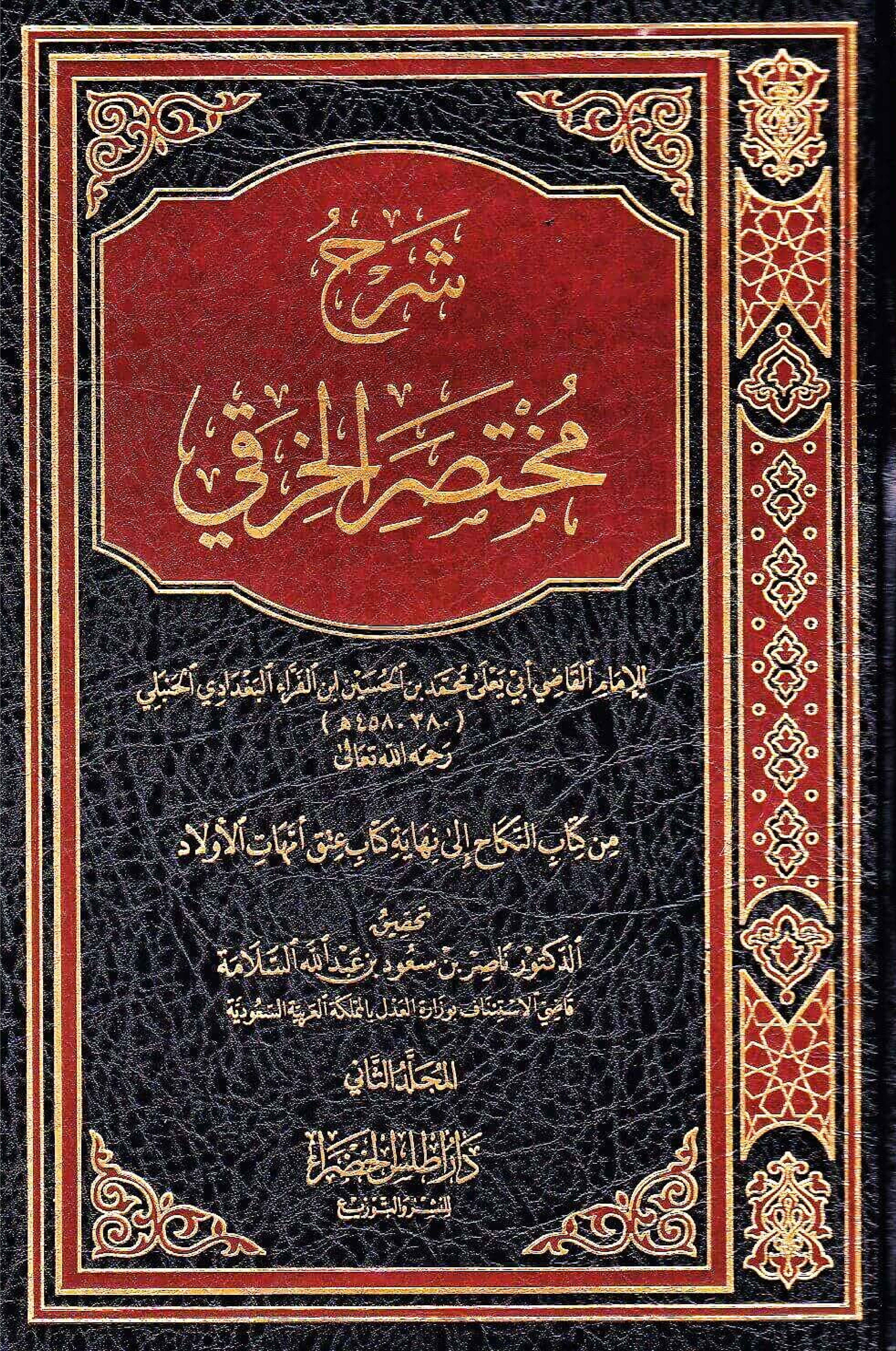
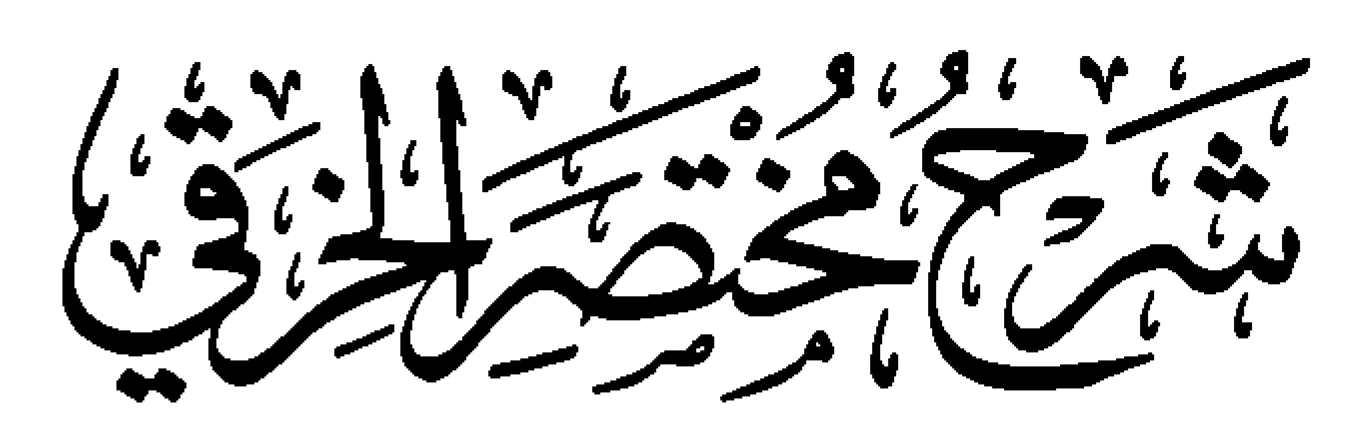

شرح
مختصر الخرقي
للإمام القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين ابن الفراء البغدادي الحنبلي
(٣٨٠ - ٤٥٨ هـ)
رحمه الله تعالى
من كتاب النكاح إلى نهاية كتاب عتق أمهات الأولاد
تحقيق
الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة
قاضي الاستئناف بوزارة العدل بالمملكة العربية السعودية
المجلد الثاني
دار أطلس الخضراء
للنشر والتوزيع


شرح مختصر الخرقي
٢



شرح مختصر الخرقي

للإمام القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين ابن الفراء البغدادي الحنبلي
(٣٨٠ - ٤٥٨ هـ)
رحمه الله تعالى

من كتاب النكاح إلى نهاية كتاب عتق أمهات الأولاد

تحقيق
الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة
قاضي الاستئناف بوزارة العدل بالمملكة العربية السعودية

المجلد الثاني

دار أطلس الخضراء
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة المحقق

إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد : فهذا المجلد الثاني من كتاب « شرح مختصر الخرقي » للإمام العلامة الفقيه القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد الفراء ، البغدادي ، الحنبلي ، شيخ الحنابلة في زمنه ، المولود في بغداد عام (٣٨٠هـ) والمتوفى بها عام (٤٥٨هـ) رحمه الله رحمة واسعة من كتاب النكاح إلى نهاية الكتاب والذي ينتهي بكتاب عتق أمهات الأولاد ، ويمثل قرابة ثلث الكتاب ، وقد قام صاحب الفضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور عبدالله بن عبدالعزيز بن إبراهيم الفاضل وفقه الله بتحقيق المجلد الأول ، والذي يبدأ من أثناء كتاب الصلاة إلى أثناء المعاملات ويمثل قرابة عشرين في المائة من الكتاب ، وقد اعتمدت في تحقيق المجلد الثاني على نسختين خطيتين ، الأولى : نسخة المكتبة الظاهرية بمكتبة الأسد بدمشق برقم (٢٧٤٨) ، وعدد أوراقها (٢٦٧ ورقة) في كل ورقة (٢٢ سطراً) وتاريخ نسخها قبل (٧٧٢هـ) ولم يذكر الناسخ لها ، وتبدأ من كتاب النكاح إلى نهاية كتاب عتق أمهات الأولاد ولها صورة بمكتبة جامعة الإمام برقم (١٩١٦/ ف) ، ومكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية برقم (٧٢٧٥/ ٢) وقد رمزت لها بـ « س » .

والنسخة الثانية : نسخة المكتبة الظاهرية بمكتبة الأسد بدمشق برقم

(٢٧٤٦) وعدد أوراقها (٢٠٨ ورقة) وعدد الأسطر (٢٠ سطراً) ولم يذكر الناسخ، وتاريخ نسخها (٥٧٧هـ)، ولها صورة بمكتبة جامعة الإمام برقم (١٩١٧/ ف)، وكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية برقم (٧٢٧٥/ ١)، وتبدأ من كتاب ديات النفس إلى آخر كتاب الأقضية، وقد رمزت لها بـ «د».

وقد كان عملي في تحقيق المجلد الثاني ينحصر في نسخ النص المحقق حسب رسم الإملاء الحديث، والمقابلة بين النسختين وإثبات الفروق بينهما، وتخريج الأحاديث، ولم أقم بترجمة للمؤلف ولا دراسة للكتاب وذكر صور المخطوط اكتفاء بما ذكر محقق المجلد الأول الشيخ عبدالله الفاضل حفظه الله.

أسأل الله عز وجل أن يجزل الأجر والمثوبة لمؤلفه و محققه وجميع من سعى في نشره، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر بعد صلاة العشاء من مساء يوم السبت ٣/ ٥/ ١٤٣٩هـ بمنزلي بحي شبرا بالرياض. وكتبه الدكتور ناصر بن سعود بن عبدالله السلامه القضاعي الحوطي النجدي الحنبلي قاضي الاستئناف في محكمة استئناف منطقة الرياض عفا الله عنه.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

النكاح في اللغة : حقيقة في الوطء، مجاز في العقد . وأما في الشريعة فقد اختلفوا فيها ، فمنهم من قال : (إنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، ومنهم من قال : إنه مجاز في الوطء حقيقة في العقد ، ومنهم من قال : إنه حقيقة فيهما، ومنهم من قال : إنها مجاز فيهما) (١) .

والدلالة على أنه حقيقة في الوطء في(٢) اللغة : ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كان نكاح الجاهلية على أربعة أقسام : نكاح الرايات: وهو أن جماعة كانوا يجتمعون على امرأة (واحدة)(٣) (يضربون على بابها الراية)(٤) ويجامعونها ، فإذا أتت بولد ألحقت الولد بمن شاءت منهم ، ومنها نكاح المباضعة: وهو أن جماعة كانوا يجتمعون على امرأة واحدة، فإذا أتت بولد أروه القافة، فكانت تلحق النسب بمن تقوله القافة ، ومنها نكاح الإنجاب: وهو أن الرجل منهم كان إذا لم ينجب ولد(٥) ويكون لرجل أولاد نجباء ، كان يبعث زوجته إليه حتى يطأها لينجب ولد(٦) . والرابع : نكاحكم هذا (٧) .

---

(١) ما بين القوسين هو المثبت من نسخة (د) ، وأما في نسخة (س) فقد جاءت العبارة (حقيقة في العقد والوطء جميعاً ، ومنهم من قال : حقيقة في العقد مجاز في العقد، وقيل : حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، وقيل حقيقة في كلاهما ، والله أعلم) .

(٢) في نسخة (د) : (وفي) .

(٣) ما بين القوسين من (د) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٥) في (د) : (ولده) .

(٦) في (د) : (ولده) .

(٧) أخرجه البخاري بمعناه في كتاب النكاح ، باب من قال لا نكاح إلا بولي (٤٨٣٤).

فهذا يدل على أن النكاح حقيقة في الوطء ، ويدل عليه قول العرب : «أنكحنا الفرا فسنرى » أي : أضربنا فحل حمار الوحش على (الأتانة) [١] حتى (يعلم)[٢] أيش[٣] يتولد منه ، وهذا إنما يقولونه مثلاً لأمر يجتمعون عليه ثم يفترقون عنه .

ومنه قول الشاعر :

وكم أيم قد أنكحتها[٤] رماحنا

وأخرى على خال وعم تلهف

والدلالة على أنه في الشريعة أيضاً حقيقة في الوطء قوله تعالى : ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ [النور : ٢] ذكر أبوداود أن هذا المراد به في مشرك أو مشركة بعينهما لدخول الألف واللام عليه، فكأنه قال : المشركة لا ينكحها إلا مشرك بعقد أو مسلم بزنى، وكذلك المشرك لا ينكح إلا مشركة بعقد أو مسلمة بزنى ، ولأنه سمي الزنى نكاحاً ولم يوجد هناك إلا الوطء . وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح » [٥] إنما أراد به ولدت من وطء مباح، ولم أولد من وطء حرام .

---

(١) في (س) و (د) إناثه .

(٢) في (س) : (يعلمن) وهي ساقطة من (د) .

(٣) في (د) : أي شيء .

(٤) في (د) : أنكحتنا .

(٥) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٧٢٥) عن علي ، وفي الكبير (١٠٨١٢) عن ابن عباس ، والبيهقي في الدلائل (١/ ١٤٧) عن أنس ، وابن سعد (١/ ٦١) ، وابن عساكر (٣/ ٤٠١) عن عائشة .

ولأنه ما ورد موضع (وأريد به العقد)[1] إلا ومعه قرينة مثل قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، وقال تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، وقال تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣].

(وهذه القرائن كلها لا تعتبر في الوطء وإنما تعتبر في العقد، والأصل في جواز النكاح قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: ٣٢])[2].

وروى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض[3] للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم فإنه له وجاء»[4].

(وقال ﷺ: «من أحب فطرتي فليستن بسنتي ألا وهي النكاح»[5])[6].

وقال ﷺ: «تنكاحوا تناسلوا تكاثروا أباهي بكم الأمم»[7].

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (س).

(٢) ما بين القوسين ساقط من (س).

(٣) في (س) و(د): (أعف).

(٤) أخرجه البخاري في النكاح (٤٧٧٨)، ومسلم في النكاح (١٤٠٠).

(٥) رواه سعيد بن منصور (٤٨٧)، وأبويعلى (٢٧٨٤)، والبيهقي في السنن الصغير (٣/ ٨) وقال: مرسل.

(٦) ما بين القوسين ساقط من (س).

(٧) أخرجه أبوداود بنحوه في النكاح (٢٠٥٠)، والنسائي في النكاح (٣٢٢٧) عن معقل بن

وقال ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدين »[١] .

مسألة : قال أبوالقاسم[٢] رحمه الله : (ولا ينعقد النكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين) .

أما قوله (لا ينعقد إلا بولي) فهو خلاف لأبي حنيفة في قوله : الولي ليس بشرط في نكاح البالغة (العاقلة)[٣] .

دليلنا : ما روت عائشة[٤] وابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : «لا نكاح إلا بولي»[٥] . فنفى النكاح عند عدم الولي ، ولا يمكن أن يقال : إن المرأة ولية نفسها ؛ لأن الولي إذا (أطلق)[٦] عقل منه الذكر . ولأنه[٧] يقال : ولي وولية، كما يقال : شاهد وشاهدة ، وعلى أنه قد فسر في خبر آخر .

و[٨] روى أبوهريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح لامرأة إلا

يسار . قال الألباني: حسن صحيح ، ورواه ابن ماجه بهذا المعنى في النكاح (١٨٤٦) . قال الألباني : حسن .

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٢١) ، والبيهقي (٧/ ٢٠١) .

(٢) أبوالقاسم : هو عمر بن الحسين بن عبدالله بن أحمد ، له المصنفات الكثيرة في المذهب لم ينشر منها إلا المختصر في الفقه ، توفي سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة ، دفن بدمشق . انظر طبقات الحنابلة (٢/ ٧٥) .

(٣) ما بين القوسين سقط من (س) .

(٤) حديث عائشة بمعناه : رواه أحمد (٦/ ٢٦٠) ، وابن ماجه في النكاح (١٨٧٩) . قال الألباني : صحيح .

(٥) حديث ابن عباس : رواه ابن ماجه في النكاح (١٨٨٠) قال الألباني : صحيح .

(٦) ما بين القوسين سقط من (د) .

(٧) في (د) : لأنه .

(٨) في (س) : روى .

بإذن وليها»[١] .

فعلم أن المراد بذلك ولي غير [٢] المنكحة .

وأيضاً روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة أنكحت (نفسها)[٣] بغير إذن وليها فنكاحها باطل - ثلاثاً - ، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »[٤] .

وهذا نص في إبطال النكاح بغير ولي، وعليه الاعتماد ، ولأنه عقد تصير به المرأة فراشاً، فلم يصح منها، عقد كنكاح الأمة .

وقوله : (وشاهدين من المسلمين) خلافاً لمالك وداود [٥] في قولهما : الشهادة ليست بشرط في انعقاد النكاح . وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : ينعقد بشاهد وامرأتين ، وينعقد نكاح المسلم للكتابية بشهادة كافرين .

دليلنا : على مالك وداود : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدين »[٦] . وفي بعضها : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل»[٧] .

---

(١) رواه الدارقطني (٣/ ٢٢٧) بنحوه .

(٢) في (س) : عن .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٤) رواه أحمد (٦/ ٤٧، ٦٦، ١٦٥) ، وأبوداود في النكاح (٢٠٨٣)، والترمذي في النكاح (١١٠٢) ، وابن ماجه في النكاح (١٨٧٩) . قال الألباني: صحيح .

(٥) هو داود بن علي الإمام أبوسليمان الأصفهاني ثم البغدادي ، الفقيه الظاهري ، وكان حافظاً مجتهداً ، وكان صاحب مذهب مستقل، وتبعه جمع كثير يعرفون بالظاهرية، ولد بالكوفة سنة اثنين ومائتين، ونشأ ببغداد وتوفي بها . انظر : وفيات الأعيان (٢/ ٢٥٥-٢٥٧) .

(٦) سبق تخريجه .

(٧) أخرجه البيهقي في سننه بهذا اللفظ (٧/ ١١٢) عن ابن عباس . قال الألباني في الإرواء (١٨٤٤) : صحيح موقوفاً .

ولأن النكاح يتعلق به حق لغير المتعاقدين (وهو النسب)[١] فاشترط فيه الشهادة احتياطاً له، (لأن لا يجحد الزوج)[٢] الزوجية والنسب، فيبطل حق الولد إذا لم يكن هناك بيّنة بالنكاح، ويفارق هذا سائر العقود؛ لأنه[٣] لا يتعلق يتعلق بها حق لغير المتعاقدين، فلم تشترط الشهادة فيها.

والدلالة على أبي حنيفة: أنه لا ينعقد بشاهد وامرأتين: قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين»[٤].

والمراد به: الذكرين. يقال: شاهد وشاهدان، وشاهدة وشاهدتان، ولأن كل ما لم يكن المقصود منه المال فإذا لم يقبل فيه شهادة النساء على انفرادهن لم يقبل مع الرجال، كالقتل، ولا يلزم عليه الأموال والمبيعات[٥] ونحوهما؛ ؛ لأن المقصود منها المال، ولا يلزم عليه الولادة والعيوب تحت الثياب؛ لأن تلك تقبل فيها شاهدة النساء على الانفراد.

والدلالة عليه أيضاً: أن الإسلام شرط فيهن في كل نكاح في قوله: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين»[١] والكافران ليسا بعدلين.

ولأنه عقد نكاح بشهادة كافرين فلم يصح، دليله: لو تزوج المسلم المسلمة بشهادة كافرين لم يصح، كذلك ههنا.

مسألة: قال: (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها، ثم أبوه وإن علا، ثم

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (س).

(٢) ما بين القوسين من (د)، وفي (س): لأنه لا يحق للزواج.

(٣) في (س): ولأنه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) في (د): والبياعات.

ابنها وابنه وإن سفل، ثم أخوها لأبيها وأمها والأخ للأب مثله، ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة وأولادهم وإن سفلوا، ثم عمومة الأب، ثم المولى المنعم، ثم أقرب عصبته، ثم السلطان) .

أما الأب فهو مقدم على سائر العصبات، خلافاً لمالك في قوله : (الابن مقدم على الأب، والأخ مقدم على الجد).

دليلنا : أن الأب والجد أشفق على ابنته وابنة ابنه وأطلب لحظها من ولدها وأخيها، فكانا أحق بولايتها، ولأن لهما تعصيباً وولادة، وللابن والأخ تعصيب وليس لهما ولادة (فكان) [1] من له تعصيب وإيلاد أحق .

وقوله : (ثم الابن وإن سفل) ففي مضمون هذا أن للابن ولاية على أمه خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا ولاية له عليها .

دليلنا : أن الابن يستغرق مالها إرثاً، فملك تزويجها كالأب، أو نقول : لأنه يرثها بالتعصيب فهو كالأب [2] إذا كان من عصبتها، يبين صحة هذا : أن الولاية في النكاح تستحق بالتعصيب من ذوي الأنساب، بدلالة الأب الكافر والعبد لما لم يكن لهما تعصيب لم يثبت لهما ولاية، وإذا استحق ذلك بالتعصيب فأقرب العصبة الابن، فوجب [3] أن تكون له ولاية النكاح، فهو [4] مقدم على الأخ والعم ؛ لأنه بعض منهما، ولأنه أشفق عليها من (غيره وهو) [5] أقرب منها إليها فكان مقدماً .

---

(١) في (س) : فكانا .

(٢) في (د) : كالابن . ولعله سبق قلم .

(٣) في (د) : وجب .

(٤) في (د) : وهو .

(٥) في (د) : غير من هو .

وقوله : (ثم أخوها لأبيها (وأمها) [١] والأخ للأب مثله) خلافاً لأبي حنيفة وأحد القولين للشافعي ، وإحدى الروايتين عن أحمد : أن الأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب .

وجه ما نقله الخرقي : أنهما أخوان يزوج كل واحد منهما (على الانفراد)[٢]، فإذا اجتمعا تساويا، كالأخوين من الأب .

ولأن ولاية النكاح تستفاد بقرابة الآباء دون الأمهات بدلالة أن الأخوة من الأم لا مدخل لهم فيها ، والأخ من الأب والأم والأخ من الأب متساويان في قرابة الأب فتساويا في الولاية، (وأن الانفراد) [٣] بالأم لا أثر له .

ووجه الرواية الثانية : أنه أحق بميراثها (فوجب) [٤] أن يكون أحق بتزويجها، كالأب مع الجد . وأن الأخ (للأب) [٥] والأم يدلي بأبويه والآخر بأحدهما فهو كالأخ للأب والأم (مع الأخ) [٦] للأم .

ولأنه لا يمتنع أن يكون لقرابة الأم مدخل في الولاية ثم ترجح بها في ذلك، كما أنه لا مدخل له في الإرث المستفاد بالتعصيب ، ولا لمن (يمتلك)[٧] بقرابتها وهم الإخوة من الأم ثم ترجح بها في الإرث المستفاد بالتعصيب ، فتقدم الأخ من الأب والأم على الأخ من الأب .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (س) .
(٢) ما بين القوسين سقط من (د) .
(٣) في (د) : والانفراد .
(٤) في (س) : وجب .
(٥) في (س) : للأم .
(٦) في (د) : والأخ للأم .
(٧) في (د) : ينفرد .

وقوله : (ثم أولادهم وإن سفلوا) يعني (أن) [١] أولاد الإخوة مقدمون على العمومة ؛ لأن ولاية أبيهم انتقلت إليهم ، وأبوهم مقدم على العم لقربه من أخيه ، كذلك (أولاد) [٢] الإخوة مقدمون على العمومة لقربهم ، ثم العمومة وأولادهم مقدمون على عمومة الأب؛ لأنهم أقرب من ولد (الجد)[٣] ، وعمومة الأب من ولد (جد الأب) [٤] ثم عمومة الأب مقدمون على الموالي ؛ لأن لهم تعصيباً ونسباً ، والمولى له تعصيب بلا نسب .

ولأنهم أولى بالميراث من المولى ، ثم المولى المنعم يملك الولاية ، لأنه يرثها بالتعصيب، فملك الولاية كالأب والجد والأخ والعم .

وقوله : (ثم أقرب العصبة به)[٥] يعني أقرب عصبة المولى المنعم، أي[٦] إذا اجتمع له أب وجد قدم الأب والجد على الابن ، والابن على الأخ، وأولاده (على العم وأولاده)[٧] على عمومة الأب على حسب ما ذكرنا في ترتيب العصبات من جهة النسب .

وقوله : (ثم السلطان) يعني أن[٨] وليها إذا لم يكن لها ولي ، أو كان لها ولي إلا أنه عضلها فإنه يكون وليها ؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « أيما

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٣) في (س) و(د) : الأب .

(٤) في (س) و(د) : الجد .

(٥) في (س) : العصبة .

(٦) في (د) : فإذا .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٨) في (د) : أنه .

امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له »[١] .

* مسألة : قال: (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً).

وذلك لما روي في حديث أم حبيبة[٢] أنها كانت ممن هاجر إلى أرض الحبشة ، فزوجها النجاشي لرسول الله ﷺ[٣] ، ولا محالة أن النجاشي لم يعقد يعقد ذلك إلا وهو وكيل: إما للنبي ﷺ ، أو لخالد بن سعيد بن العاص ، إذ خالد بن سعيد بن العاص كان مهاجراً وكان مسلماً ، وكان أبو سفيان على دينه مقيماً ، فلم يقع نكاح النجاشي إلا بوكالة[٤] .

وقوله : (وإن كان حاضراً) معناه : وإن كان الولي حاضراً جاز للوكيل أن يعقد بإذنه ، كما جاز له أن يوكل لاستيفاء[٥] حقوقه وإن كان حاضراً ، وقد

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أم حبيبة : هي أم المؤمنين رملة بنت أبي سفيان بن حرب بن أمية بن عبدشمس الأموية ، هاجرت إلى الحبشة مع زوجها عبدالله بن جحش فتنصر هناك ومات وتزوجها الرسول ﷺ بعد ذلك ، وكان زواجها سنة سبع للهجرة ، وقد أصدقها النجاشي أربعمائة دينار ، توفيت سنة ٤٤هـ بالمدينة النبوية . انظر : الإصابة في تمييز الصحابة (١٢/ ٢٦٠) رقم (٤٣٢) .

(٣) أخرجه أبوداود في سننه في النكاح (٢٠٨٦) ؛ والنسائي في النكاح (٣٣٥٠). قال الألباني : : صحيح .

(٤) جاء في مستدرك الحاكم في ذكر زواج أم حبيبة أن رسول الله ﷺ كتب إلى النجاشي أن يزوجه أم حبيبة ، وقد ذكر أن النجاشي قد أجاب طلب رسول الله ﷺ ثم أرسل إلى أم حبيبة وطلب منها أن توكل من يزوجها، فوكلت خالد بن سعيد بن العاص . انظر: مستدرك الحاكم (٤/ ٢٠-٢٢). ودلائل النبوة للبيهقي (٣/ ٤٦١) .
فتبين لنا من ذلك أن النجاشي وكيل للنبي ﷺ وأن خالداً وكيل لأم حبيبة .

(٥) في (د) : في استيفاء .

مضى الكلام في كتاب الوكالة .

مسألة : قال : (وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو عبداً أو كافراً زوجها الأبعد من عصبتها) .

إنما انتقلت الولاية عنهم ، لأن الانتظار على الطفل حتى يبلغ ، والكافر حتى يسلم ، والعبد حتى يعتق ضرر عليها، و(لا أحد) [١] يملك الولاية بما[٢] فيه ضرر ، ألا ترى أنه ليس للأب أن يهب مالها أو يبيعه بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله فسقطت ولايتهم إلى من دونهم من العصبات ، ولم تنتقل إلى الحاكم ؛ لأنا قد بينا أن عليها ضرراً في الانتظار (ولا أحد)[٣] يملك الولاية فيما فيه ضرر ، فإذا لم يملك ذلك سقطت ولايتهم ، كما لو ماتوا انتقلت إلى الأبعد من العصبة ، كذلك هاهنا .

ولأن الأبعد له تعصيب ونسب، وليس للحاكم ذلك .

* مسألة : قال : (ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها ، ويزوج مولاتها من يزوج أمتها) .

إنما كان ولي المرأة ولياً لأمتها؛ لأن المرأة تملك بضع أمتها لحق[٤] ملكها، كما تملك بضع نفسها ، بدليل : أنه لا تملك الإفتيات عليها في بضعها، كما لا تملك عليها ذلك [٥] في بضع نفسها .

---

(١) في (س) : أحد لا يملك ، وفي (د) : ولا أحد .

(٢) في (د) : فيما .

(٣) في (س) : أحد لا يملك ، وفي (د) : ولا أحد .

(٤) في (د) : بحق .

(٥) في (س) : بذلك .

ولأن تزويجها تصرف في منافعها، فلم تملك ذلك عليها بغير إذنها كما تملك عليها ذلك في منفعة الخدمة في عقد الإجارة .

وقوله : (ويزوج مولاتها من يزوج أمتها) يعني بالمولاة المعتقة، وهي أن المرأة إذا أعتقت أمة فإن ولي المعتقة من كان يملك [١] عليها في حال كونها أمة ، وهو ولي مولاتها المعتقة عليها ؛ لأنهم يرثونها بالتعصيب، فكانوا أولياءها ، ألا ترى أنه لو ماتت المولاة المنعمة كان ورثة المنعمة عليها عصبة مولاتها التي أنعمت عليها، فلهذا كانوا أولياءها في النكاح .

مسألة : قال : (ومن أراد أن يتزوج امرأة وهو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها) .

ظاهر كلامه أنه لا يجوز أن يلي العقد بنفسه لنفسه ، وبه قال قوم من أصحابنا ، وعندي أن هذا على طريق الاختيار والاستحباب لا على طريق الوجوب ، وقد أومأ إلى هذا أحمد رحمه الله ، وهو قول أبي حنيفة . وقال الشافعي : لا يجوز أن يلي بنفسه ولا بوكيله ولكن يزوجه الحاكم .

والدلالة على جواز ذلك : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولي»[٢] وهذا نكاح بولي .

وأيضاً روي أن النبي ﷺ أعتق صفية [٣] وجعل عتقها صداقها [٤] ، ولم يكن

---

(١) في (د) : يلي .

(٢) سبق تخريجه ص .

(٣) هي صفية بنت حيي بن أخطب الإسرائيلية ، أم المؤمنين وكان جميلة فاضلة، تزوجها الرسول ﷺ في السنة السابعة من الهجرة وتوفيت في السنة الخمسين من هجرة سيد المرسلين ﷺ . انظر : شذرات الذهب (١/ ١٢، ٥٦) .

(٤) رواه البخاري في النكاح (٤٧٩٨)، ومسلم في النكاح (١٣٦٥) (٨٥).

لها ولي غير النبي ﷺ وتزوجها .

ولأنه نوع عقد يجوز أن ينعقد باثنين، فجاز أن ينعقد بالواحد كالبيع ، وهو أن يبيع ماله لابنه الصغير ، أو يشتري مالاً فيكون هو العاقد وحده ، كذلك النكاح .

ولأن الولي إنما يراد ليضع المنكوحة في كفؤ ، فإذا كان كفؤاً لها ورضيت به وجب أن يصح لوجود المقصود منه ، وإنما استحب له أن يولي العقد غيره لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب وولي وشاهدا عدل »[١] . وإذا كان الولي الزوج فلم يحضره أربعة فظاهر الخبر يقتضي نفي الصحة ، ولكن حملناه على نفي الفضيلة .

واحتج أحمد رضي الله عنه بما روي عن المغيرة بن شعبة أنه كان ولي امرأة، فأمر رجلاً فزوجه منها ، فكان المغيرة أولى بها[٢] .

ولأنه إذا وكل غيره في ذلك انتقلت التهمة عنه .

* مسألة : قال : (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون سلطان أو سيد أمة) .

---

(١) أخرجه البيهقي مرفوعاً عن أبي هريرة بلفظ «لا نكاح إلا بأربعة: خاطب وولي وشاهدين ».
وقال في تلخيص الحبير : في إسناده المغيرة بن موسى البصري . وقال : قال النجار : منكر الحديث . ورواه الدارقطني (٣/ ٢٢٤) عن عائشة بلفظ: «لابد في النكاح من أربعة : الولي ، والزوج ، والشاهدين » .
وروي موقوفاً على ابن عباس : في النكاح أربعة الذي يزوج والذي يتزوج وشاهدان . رواه ابن أبي شيبة (١٦١٨٧) ، والبيهقي (٧/ ١٤٢) . انظر: تلخيص الحبير (٣/ ١٦٣)، وقد ضعفه الألباني في إرواء الغليل (٦/ ٢٦١) .

(٢) علقه البخاري في النكاح ، باب إذا كان الولي هو الخاطب (٦/ ١٣٣) .

أما إذا كان الولي كافراً فعقد على مسلمة لم يصح لقوله تعالى : ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، وقال تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [التوبة : ٧١] . فاقتضى ظاهر الآية أن غير المؤمنين ليسوا بأولياء .

وأيضاً : فإن النبي ﷺ وَكّل عمرو بن أمية[١] فتزوج له ميمونة [٢] من ابن عمها خالد بن سعيد ، وكان أبوها يومئذ حياً ، وإنما لم يتزوجها منه؛ لأنه كان كافراً ، ولأن الكافر أسوأ حالة من المؤمن [٣] الفاسق، فليس له ولاية على اختلاف أصحابنا .

ولأن الكافر لا تعصيب له، بدليل أنه لا يرثها ، والموالاة بينهما في الدين منقطعة .

فأما إذا كان الولي مسلماً والمنكوحة كافرة لم يملك الولاية عليها أيضاً؛ لأنه ليس بعصبة لها، بدليل أنه لا يرثها ، ولأن الموالاة بينهما منقطعة .

وقوله : (إلا أن يكون سلطاناً أو سيد أمة) أما سيد الأمة فيجوز له ؛ لأنها ولاية في حق نفسه ؛ لأن الأمة مال من أمواله، والإسلام غير معتبر في الولاية

---

(١) هو عمرو بن أمية الضمري . انظر : شذرات الذهب (١/ ٥٤) . وإنما ورد ذكره في زواج أم حبيبة لا ميمونة . رواه ابن سعد (٨/ ٩٩) ، والحاكم (٤/ ٢٢) عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلاً .

(٢) هي أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث الهلالية، بنى بها النبي ﷺ بسرف بين مكة ومر الظهران، وذلك سنة تسع ، وتوفيت في سنة تسع وثلاثين. وقيل: إحدى وخمسين . انظر : شذرات الذهب (١/ ٤٨) .

(٣) في (د) : المسلم .

في حق نفسه ، وإنما يعتبر في الولاية في حق غيره ، فلهذا جازت مع اختلاف الدين .

وأما الحاكم فإنما كان ولياً للكافرة لقوله تعالى : ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة : ٤٢] ولهذا[1] علم .

ولأن الحاكم منصوب للنظر في الولايات والحكومات من المسلمين وأهل الذمة وما عاد بصلاحهم ، ولأن ولايته عامة في حق كل أحد من المسلمين والكفار فلهذا ملك الولاية .

مسألة : قال : (وإذا زوّجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد) .

بيان هذا أن يزوج الأخ والأب حاضر غير عاضل لها فالنكاح فاسد ، لأنه لا ولاية للأخ مع الأب، وقد بيّنا ذلك في تنزيل العصبات .

مسألة : قال : (وإذا كان الأقرب من عصبتها في موضع لا يصل الكتاب إليه أو يصل فلا يجيب عنه زوّجها الأبعد من عصبتها، فإن لم يكن فالسلطان) .

خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : تنتقل الولاية إلى السلطان ولا تنتقل إلى الأبعد .

دليلنا : أن في انتظار الغائب ضرراً على المنكوحة (ولا أحد يملك)[2] الولاية فيما فيه ضرر عليها ، ألا ترى أنه ليس للأب أن يهب مالها أو يبيعه بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله ، فإذا كان في ذلك ضرر عليها في

---

(١) في (د) : وهذا .

(٢) في (س) و(د) : وأحد لا يملك .

غيبته[1] سقطت ولايته وانتقلت إلى من دونه كما لو مات .

مسألة : قال : (وإذا زوجت من غير كفء فالنكاح باطل) .

خلافاً لأكثرهم في قولهم: شروط الكفاءة لا تبطل النكاح .

دليلنا : ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : «تخيروا لنطفكم الأكفاء ، ولا تضعوها في غير الأكفاء»[2] وقد نهى عن وضعهن في غير الأكفاء ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

وروى سلمان قال : «نهى رسول الله ﷺ أن ننكح نساء العرب»[3] ومعلوم أنه لم ينه عن نكاحهن لغير لعرب مثلهن ؛ لأنه لا خلاف في جواز ذلك.

فثبت [4] عنه أنه نهى عن نكاحهن لغير العرب ممن لا يدانيهن في النسب.

وأيضاً روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : لأمنعن ذوات الأحساب فروجهن إلا من الأكفاء . قيل : وما الأكفاء ؟ قال : في النسب[5] .

فلولا أن الكفاءة معتبرة في صحة العقد لم ينه عن ذلك .

---

(١) في (د) : بغيبته .

(٢) أخرجه ابن ماجه بنحوه في النكاح (١٩٦٨) قال الألباني : حسن .

(٣) رواه الطبراني في الأوسط (٧٢٩٨) . قال الألباني في السلسلة الضعيفة (١١١٦): ضعيف جداً .

(٤) في (د) : ثبت أنه نهى .

(٥) أخرجه الدارقطني بلفظ : « لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء » (٣/ ٢٩٨)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٧٩٩٨) ، وعبدالرزاق في المصنف (١٠٣٢٤) ، والبيهقي في النكاح في السنن الكبرى (٧/ ١٣٣) الجميع من طريق إبراهيم بن محمد بن طلحة ، عن عمر، وإبراهيم هذا لم يدرك عمر رضي الله عنه، فالأثر إذاً منقطع ، وقد ضعف الألباني هذا الأثر عن عمر في إرواء الغليل (١٨٦٧) (٦/ ٢٦٥) .

ولأن في صحة العقد مع فقد الكفاءة تصرفاً في حق الغير ممن يحدث من العصبات والمناسبين في المستقبل ؛ لأنه يلحق بنسبهم العار بذلك بحيث لا يزول عنهم فلهذا بطل العقد ، ولأن العقد وقع على صفة يمكن الاعتراض عليه بحق الولاية فكان باطلاً . دليله : لو زوجت نفسها بغير إذن وليها .

ولأنه[1] تصرف بحق الولاية على غيره فيما لا حظ فيه، فيجب أن يقع باطلاً ، دليله : لو باع بأقل من ثمن المثل .

مسألة : قال : (والكفؤ ذو الدين والمنصب) .

ظاهر كلامه أن جملة شروط الكفاءة هذان الشرطان . وشروط الكفاءة خمسة : الشرطان الأولان (الذي) [2] ذكرهما ، والحرية ، والسلامة من الصناعة الزرية ، واليسار .

فأما المنصب فقد دللنا عليه ، وأما الدين : فالدلالة على أنه من شروطها قوله تعالى : ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ ﴾ [السجدة : ١٨] ، وقول النبي ﷺ : « إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فزوّجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » [3] .

ولأن الفاسق لا يؤمن أن يسكر ويجني على المرأة، فلا يكون كفؤاً لها .

والدلالة على اعتبار الحرية : هو أنها لو أعتقت تحت عبد ملكت الخيار،

---

(١) في (د) : وأنه .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٣) أخرجه الترمذي النكاح (١٠٨٤) بنحوه ، وابن ماجه في النكاح (١٩٦٧) عن أبي هريرة . قال الألباني : حسن . ورواه أبوداود برقم (١٠٨٥) عن أبي حاتم المزني قال الألباني: حسن لغيره .

فلولا أنه ليس بكفؤ لها لم تملك ذلك ، ولأنه نقص في العادة ، ولأن أحكامه ناقصة، ونفقته نفقة المعسرين .

وأما الصناعة : فالدلالة على أنها شرط : قوله ﷺ: «العرب أكفاء (حي بحي)[١] قبيلة بقبيلة إلا (حائكاً أو حجاماً)[٢] »[٣] .

ولأن هذه الصنائع نقص في العادة ، وكذلك الفقر نقص في العادة ؛ لأن نفقته نفقة المعسرين (وقد قال النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس حين خطبها معاوية: « أما معاوية فصعلوك لا مال له »[٤] ، ولأن على المرأة ضرراً في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها)[٥] .

فإذا ثبتت شروط الكفاءة ففقد منها شرط (المنصب)[٦] يبطل النكاح وهو فقد المنصب ، وبقيت الشروط، يثبت الخيار لبقية الأولياء في فسخه .

والفرق بين المنصب وبين بقية الشروط من وجهين :

---

(١) ما بين القوسين من هامش (س) ولم يذكر في (د) .

(٢) في (س) و (د) : حايك أو أو حجام .

(٣) رواه البيهقي في النكاح باب اعتبار الصنعة في الكفاءة . السنن الكبرى (٧/ ١٣٤) ، عن ابن عمر (٧/ ١٣٥) عن عائشة . ذكره الإمام الشوكاني في نيل الأوطار وقال : إن أبوحاتم قال : لا أصل له . انظر نيل الأوطار (٦/ ٢٦٣) . وقال صاحب تلخيص الحبير : إن الدارقطني قال في العلل: لا يصح . وقال : قال ابن أبي حاتم : سألت أبي عنه فقال : منكر . انظر : تلخيص الحبير (٣/ ١٦٤) . وقال : الصنعاني : قال ابن عبدالبر : هذا منكر موضوع ، واستنكره أبوحاتم . انظر سبل السلام (٣/ ١٢٨). وقد حكم الألباني على هذا الحديث بأنه موضوع. انظر إرواء الغليل (٦/ ١٦٨) .

(٤) أخرجه مسلم في الطلاق (١٤٨٠) .

(٥) ما بين القوسين سقط من (د) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (س) .

أحدهما : ما تقدم من حديث عمر وقوله : لأمنعن ذوات الأحساب تزوجهن إلا من الأكفاء . فلولا أن ذلك حق لله تعالى لم يكن له الاعتراض في ذلك ، وهذا الكلام خرج منه في اعتبار الكفاءة في الحسب وهو النسب .

ولأن فقد الكفاءة في المنصب نقص لازم، وليس كذلك بقية الشروط ؛ لأنها غير لازمة؛ لأنه يمكن زوالها ، فالفاسق يصير عدلاً ، والعبد يصير حراً، والفقير يصير غنياً .

* مسألة : قال: (وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت، وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة، وليس هذا لغير الأب) .

خلافاً لأبي حنيفة من وجهين :

أحدهما : في البكر البالغ للأب إجبارها على النكاح على قولنا ، وعنده لا يملك ذلك .

والثاني : في الصغيرة لا يملك غير الأب إجبارها ، وعنده أن كل من يرث بالتعصيب يملك الإجبار من الإخوة والأعمام وغيرهم .

وخلافاً للشافعي في الجد خاصة ، فعنده أنه كالأب في الإجبار للبكر البالغ والصغيرة .

والدلالة على أن الأب يملك الإجبار : ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : «الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن وإذنها صماتها »[1] .

فلما قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها » دل على أن البكر ليست بأحق.

وقوله : « والبكر تستأذن » يحتمل الإيجاب والاستحباب، فنحمله على الاستحباب بدليل الخطاب الذي ذكرناه ؛ لأن الدليل الخاص يقضي على

---

(١) أخرجه مسلم في النكاح (١٤٢١) بنحوه .

النطق المحتمل ؛ ولأن النبي ﷺ قصد التفرقة بين البكر والثيب في باب الإذن وما يستحق الولي عليها ، ولا يمكن الفرق بينهما إلا من الوجه الذي نقوله، وهو ثبوت حق الإجبار لولي البكر، وانتفاء ذلك لولي الثيب، وكل من لم يفتقر نكاحها إلى نطقها مع قدرتها على النطق وجب أن لا يفتقر إلى رضاها، كالبكر المراهقة ، وعكسه الثيب .

والدلالة على أن غير الأب لا يملك الإجبار : ما روى عبدالله بن عمر قال : زوجني خالي قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان بن مظعون، فأتى المغيرة أمها فأرغبها في المال، فمالت إليه وزهدت فيّ ، فأتى قدامة النبي ﷺ فقال : يا رسول الله أنا عمها ووصي أبيها، وقد زوجتها من عبدالله بن عمر، وقد عرفت فضله وقرابته ، وما نقموا إلا أنه لا مال له . فقال النبي ﷺ : «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»[1] فقدامة زوّجها وكان عمها ووصي أبيها، فأبطل النبي ﷺ نكاحه ، وعلل بأن اليتيمة لا تنكح إلا بإذنها . وهذا عام في الجد والأخ وجميع العصبات .

وكل من تقدم عليه الولاية لم يملك الإجبار . أصله : الأخ والعم على الشافعي والحاكم على أبي حنيفة[2] .

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٣٠) ، والدارقطني (٣/ ٢٣٠) ، والبيهقي (٩/ ١٢) وقال في مجمع الزوائد: رجاله ثقات (٤/ ٢٨٠).

(٢) معنى هذا الكلام أن كل ولي من أولياء المرأة يسبقه ولي آخر في حالة الاجتماع لا يملك الإجبار كالأخ والعم . فالأصل عند الشافعي أن الأخ والعم لا يزوجان صغيرة بحال على طريق الإجبار، عند أبي حنيفة الحاكم لا يملك الإجبار ، بل كل من يرث بالتعصيب يملك الإجبار .

مسألة : قال : (ولو استأذن البكر البالغ والدها [١] كان حسناً) وإذنها [٢] إنما استحب ذلك لقوله ﷺ : « تستأذن البكر وإذنها صماتها » [٣] (وهذا عام في الأب وغيره)[٤]، وقوله ﷺ : « استأمروا النساء في أبضاعهن»[٥] (وهذا عام)[٦] .

مسألة : قال : (وإذا زوّج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعده) .

ظاهر كلامه أن النكاح باطل كبيرة كانت أو صغيرة . وقد اختلف أصحابنا في الثيب الصغيرة على وجهين: فذهب أبوبكر[٧] بن جعفر إلى أنه يجبرها، وهو قول أبي حنيفة .

وقال أبوعبدالله ابن بطة[٨] : لا يجبرها على النكاح . وبه قال الشافعي، وهو

---

(١) لفظة (والدها) سقطت من (د) .

(٢) لفظة (وإذنها) سقطت من (د) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) ما بين القوسين من (د) وكتب في (س) بعد حديث « استأمروا النساء في أبضاعهن» .

(٥) أخرجه أحمد (٦/ ٤٥، ٢٠٣)، والنسائي في النكاح (٣٢٦٦). قال الألباني: صحيح .

(٦) ما بين القوسين من (د) .

(٧) هو أبوبكر عبدالعزيز بن جعفر بن أحمد الحنبلي صاحب الخلال ، وشيخ الحنابلة وعالمهم المشهور ، صاحب التصانيف المختلفة منها : الشافي ، والمقنع ، وتفسير القرآن ، والخلاف مع الشافعي ، وكتاب القولين ، وزاد المسافر ، وكان أحد أهل الفهم ، موثوقاً به في العلم ، متسع الرواية، مشهوراً بالديانة ، وكان صاحب زهد وعبادة ، توفي يوم الجمعة في شوال سنة ٣٦٣هـ وله ثمان وسبعون سنة . انظر : شذرات الذهب (٧/ ٤٥) . وانظر : طبقات الحنابلة (٢/ ١١٩-١٢٦) .

(٨) هو أبوعبدالله عبيد الله بن محمد بن حمدان بن بطة العكبري الفقيه الحنبلي والعبد الصالح ،

وهو ظاهر كلام الخرقي .

وأما الثيب الكبيرة فلا يملك إجبارها ، فإن عقد عليها بغير إذنها فهل يقف النكاح على إجازتها ؟ على روايتين :

أحدهما : لا يقف ، ويقع باطلاً من أصله ، وهو قول الشافعي .

والثاني : يقف على الإجازة ، وهو قول أبي حنيفة .

فالدلالة على الفصل الأول في الثيب الصغيرة أنها لا تجبر على الإنكاح: قوله ﷺ : « ليس للولي مع الثيب أمر »[1] .

ولأنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع ، فلم تجبر على النكاح ، كالثيب الكبيرة ، ولأن المقصود من النكاح الوطء؛ بدلالة أنه لا يحل التزويج بمن لا يحل وطؤها لتعذر المقصود ، وهكذا إذا جبّ الرجل ثبت للزوجة خيار الفسخ لتعذر المقصود ، والثيب قد اختبرت المقصود، فلم تجبر عليه ، كما أن من عرف أمر المال واختبر المقصود منه لم يجبر عليه ، ولا يثبت عليه ولاية فيه .

ووجه من قال من أصحابنا بالإجبار : هو أن الصغر معنى تستحق به الولاية، فوجب أن[2] لا يختلف فيه الثيب والبكر، كالمجنون .

الصالح ، كان صاحب حديث ولكنه ضعيف من قبل حفظه ، ومن مصنفاته : الإبانة في أصول الديانة ، ومصنفاته تزيد على مائة . وقد ولد يوم الاثنين لأربع خلون من شوال سنة ٣٠٤هـ ، وقد توفي في المحرم سنة ٣٨٧هـ وله ثمانون سنة . وهو معروف بابن بطة . انظر: طبقات الحنابلة (٢/ ١٤٤-١٥٣) .

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٣٤) ، وأبوداود في النكاح (٢١٠٠) ، والنسائي في النكاح (٣٢٦٣) . قال الألباني: صحيح .

(٢) في (س) : أنه .

ولأنه يملك التصرف في مالها فملك إجبارها على النكاح كالبكر الصغيرة، أو نقول[١] : من ملك التصرف في ماله ملك التصرف في نفسه، كالغلام المولى عليه .

والدلالة على الفصل الثاني : وهو أن النكاح لا يقف على الإجازة: هو أنه عقد لا يتبعه استباحة استمتاع في عين من الأعيان بحال، فوجب أن لا ينعقد، كالنكاح بلا شهود ، ولا يدخل عليه نكاح الصغيرة والمصابة ؛ لأنه قد يتعقب ذلك النكاح استباحة الاستمتاع في عين أخرى .

ولأن للنكاح أحكاماً تختص به من الطلاق واللعان والظهار والخلع وغير ذلك، فلما لم يتعلق بالنكاح الموقوف حكم من هذه الأحكام ثبت أنه ليس بنكاح صحيح ، ولهذا المعنى أبطلنا نكاح المتعة وسائر الأنكحة الفاسدة .

ووجه الرواية الثانية : أن الإذن يجوز أن يتقدم الإيجاب والقبول، فجاز أن يتأخر، كالقبض في الهبة .

ولأن نصف العقد أضعف من جميع العقد بدلالة أن نصفه يبطل بالقيام من المجلس وجميعه لا يبطل ؛ فإذا جاز أن يوقف الأضعف فالأقوى أولى.

مسألة : قال (أبو القاسم)[٢] : (وإذن الثيب الكلام، وإذن البكر الصمات).

وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صماتها »[٣] .

---

(١) في (د) : ونقول .

(٢) ما بين القوسين من (س) .

(٣) سبق تخريجه .

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « استأمروا النساء في أبضاعهن » قيل : إن البكر تستحي فتسكت ؟ قال : « سكوتها إذنها »[1] .

* * *

(١) أخرجه أحمد بنحوه (٦/ ٤٥، ٢٠٣) ، والنسائي في النكاح (٣٢٦٦) بهذا اللفظ إلا أنه لم يخرج كلمة (سكوتها) . قال الألباني : صحيح .

باب الصـــــداق[1]

مسألة : قال : (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى، وإن فعل غير ذلك الأب ثبت النكاح، وكان لها مهر نسائها) .

ظاهر كلامه أن الأب يملك ذلك في حق الكبيرة والصغيرة، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : « لا يملك ذلك في حقهما بحال » .

دليلنا : ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس فقال : لا تغالوا في صداق النساء ، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ، ما أصدق رسول الله ﷺ أحداً من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية[2] . وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يخالفه مخالف ، فاقتضى ظاهره أنه إذا كان مهرها مثل عشرة آلاف درهم (فزوجها)[3] على مهر مثل بنت النبي ﷺ أنه يجوز، وعندهم لا يجوز .

وأيضاً ليس المبتغى من النكاح تحصيل الأعراض[4] ، وإنما المبتغى أن يضعها في منصب حسن ، وأن يحصل لها من يحسن عشرتها ولا يشتمها ، فإذا نقص أبوها علم أنه قد حصل لها من المعاني المبتغاة ما يوفي على مقدار ما نقص من مهرها، وهو غير متهم عليها، فيجب أن يجوز لحصول المقصود

---

(١) لفظة : باب الصداق ساقطة من (س) .

(٢) أخرجه أبوداود في النكاح (٢١٠٦) ، والترمذي في النكاح (١١١٤) ، وابن ماجه في النكاح (١٨٨٧) . قال الألباني : حسن صحيح .

(٣) في (س) : فزجها .

(٤) في (س) : الأغراض .

بالعقد، ولا يلزم عليه غير الأب ؛ لأنه لا يجوز، لأنهم متهمون عليها [١] .

ولا يلزم عليه إذا باع شيئاً لصغيرة [٢] بأقل من قيمته فيما لا يتغابن فيه أنه لا يجوز ؛ لأن المقصود من المبيع تحصيل العوض، فإذا نقص من قيمته (لم) [٣] يحصل المقصود من ذلك فلم يجز .

وقوله : (وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح وكان لها مهر نسائها) إنما ثبت النكاح لأنه لو عرى عن ذكر [٤] المهر جملة لم يبطل، فأولى أن لا يبطل إذا داخله نقصان، وإنما كان لها مهر نسائها ؛ لأنه قيمة بضعها، فلهذا رجعت إليه .

مسألة : قال : (ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج) .

إنما ملك الأب والوصي العقد على الصغير والمعتوه ؛ لأنهما يملكان التصرف في مالهما، فملكا تزويجهما، دليله : الحاكم .

ولأنها إحدى الولايتين، فجاز أن يملكها، دليله : الولاية في المال .

ولأن [٥] المسألة محمولة على أن الحظ له في تزويجه إذا كان له الحظ، في ذلك، فليس فيه أكثر من التصرف في ماله بما له فيه الحظ، وهم (يملكان ذلك) [٦] وغيرهما لا يملك ذلك، لأن في تزويجهما تصرف عليهما في المال

---

(١) لفظة (عليها) ساقطة من (س) .

(٢) في (س) : الصغير .

(٣) في (س) و(د) : فلم .

(٤) في (س) : ذلك .

(٥) في (د) : وأن .

(٦) ما بين القوسين من (د) لم تذكر في (س) .

بالمهر والنفقة وليس ذلك لغير الأب والوصي، فلم يصح .

مسألة : قال (وإذا زوج أمته بغير إذنها فقد[1] لزمها النكاح وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة) .

وذلك أن للسيد فيه منفعة من جهة الولد وإسقاط النفقة عنه ، فلو منعناه من ذلك كان فيه قطع له عن الانتفاع فيما يملكه ، ولأن منفعة البضع أحد المنفعتين، فملك السيد الولاية فيها بغير إذنها ، دليله : منفعة الخدمة ، وذلك أن له أن يستخدمها ويؤجرها للخدمة بغير إذنها ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا زوج عبده وهو كاره لم يجز إلا أن يكون صغيراً) .

إنما لم يملك السيد إجباره على النكاح ؛ لأن المقصود من النكاح الاستمتاع ، بدلالة أنه لا يملك أن يزوجه ممن لا يستبيح نكاحها ، وإذا كان المقصود منه الاستمتاع فالسيد لا يملك أن يجبر عبده على الاستمتاع ، بدلالة أنه لو كان له زوجة لم يجبره على أن يقسم لها .

ولأنه لا فائدة في تزويج عبده، بل عليه فيه ثقل مؤونته ، ويفارق هذا الأمة، فإن للسيد في إجبارها على النكاح فائدة، وهو سقوط نفقتها ، وحصول الأولاد ملكاً له والمهر، فلهذا ملك إجبارها .

أما إذا كان صغيراً فليس القصد من نكاحه الاستمتاع ؛ لأنه في حال الصغر يجري مجرى ابنه الصغير ، والابن الصغير يملك العقد عليه ، كذلك يجب أن يملك العقد على عبده الصغير .

مسألة : قال : (وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما ، فإن دخل بها الثاني

---

(١) لفظة : فقد . ساقطة من (د) .

وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما، وكان لها عليه مهر، ولم يصبها زوجها حتى تحيض بعد آخر وطئها (من)[١] الثاني، وإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان).

أما إذا علم السابق منهما فالنكاح له، دخل بها الثاني أو لم يدخل، خلافاً لمالك في قوله: إذا دخل بها الثاني دون الأول فالنكاح له.

دليلنا: ما روى سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أنكح الوليان فالأول أحق»[٢]. وفي خبر آخر: «إذا أنكح الوليان فهو للأول منهما»[٣].

وروى قتادة عن جابر أن امرأة زوجها وليها بالجزيرة من عبيد بن الحارث وزوجها أهلها بالكوفة بعد ذلك رجلاً آخر ودخل بها، فرفع ذلك إلى علي عليه السلام ففرق بينهما، وردها إلى زوجها الأول، وجعل لها صداقها بما ملك من فرجها، وأمر الزوج أن لا يقرّ بها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض[٤].

ولأنه (نكاح)[٥] لو عرى عن الوطء لم يصح، فإذا انضم إليه الوطء لم يصح، كنكاح المتعة والمرتدة.

وإذا[٦] ثبت النكاح للأول، فإن كان الثاني دخل بها منع الأول من وطئها

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (س) و (د).

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٢٩، ٣٠)، و البيهقي في سننه (٧/ ١٤٠).

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ١٤٩) بنحوه، وأبوداود في النكاح (٢٠٨٨). قال الألباني: ضعيف. وصححه أبوحاتم وأبوزرعة، ذكر ذلك صاحب التلخيص الحبير (٣/ ١٦٥).

(٤) أخرجه البيهقي (٧/ ١٤١). وانظر: مصنف عبدالرزاق (٦/ ٢٣١) حديث (١٠٦٢٦).

(٥) لفظة (نكاح) ساقطة من (د).

(٦) في (س): إذا.

حتى تعتد؛ لما ذكرنا من قصة علي عليه السلام ؛ ولأن رحمها مشغول بماء غيره، وعلى الثاني مهر مثلها، لما ذكرناه من قصة علي عليه السلام ، ولأنه قد استمتع بفرجها .

وأما إن جهل السابق منهما فسخ عليهما النكاحان ، ولا نقول: إنه مفسوخ من غير فسخ .

والدلالة على أنه إذا علم أن أحدهما سبق ولم يعلم عينه ، أو علمنا أو نسينا ثم أشكل فإنه لا يبطل، كذلك هاهنا .

وإذا لم يحكم ببطلانه بالإشكال احتاج إلى أن نفسخ العقد عليهما ، لأنه يحتمل أن يكون كل واحد منهما العقد له أولاً .

وقد روي عن أحمد رحمه الله أن يقرع بينهما، فمن وقعت عليه القرعة حكمنا أنه هو السابق، وكانت الزوجة له، لأنه لو طلق واحدة لا بعينها وأنسيها فإنه يقرع بينهما، فمن أصابتها[1] القرعة حكم عليها بالطلاق، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل ، فإن أصابها فعلى سيده خمسا المهر، كما قال عثمان رضي الله عنه إلا إن (تجاوز الخمسين)[2] قيمته فليس على سيده أكثر من قيمته أو يسلمه) .

أما إبطال النكاح فالدلالة عليه : حديث جابر بن عبدالله أن النبي ﷺ قال: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه أو أهله فهو عاهر »[3][4] يعني بالعاهر الزاني .

---

(١) في (د) : أصابها .

(٢) ما بين القوسين في (س) . وفي (د) كتب ما نصه : (يكون الخمسان أكثر من) .

(٣) من بعد لفظة : عاهر . سقط كبير في نسخة (د) وينتهي السقط قبل أربعة أسطر من كتاب الإيلاء .

(٤) أخرجه أبوداود في النكاح (٢٠٧٨)، والترمذي في النكاح (١١١١، ١١١٢) قال الألباني:

يدل عليه قوله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »[1] . فدل على أن نكاحه باطل .

ولأن العبد مملوك الرقبة والمنفعة للسيد ، فإذا تزوج فإنه يعقد العقد في ملك غيره بغير إذنه، فلم يجز، كما لو باع رجل ملك غيره بغير إذنه فالبيع باطل.

وقد روي عن أحمد رحمه الله أن العقد موقوف على إجازة السيد ، وقد حكينا اختلاف الرواية في النكاح الموقوف، ودللنا على كل رواية ، فإذا ثبت أن النكاح باطل ، فإن لم يتصل به دخول فلا مهر ؛ لأن العقد الفاسد إذا لم يتصل به دخول لم يتعلق به حكم ، كالبيع الفاسد إذا لم يتصل به القبض ، وإذا دخل بها لزمه المهر ؛ لأنه وطء شبهه، فوجب به المهر، قال ﷺ : « فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها »[2] . وهذا قد استحل الفرج فلزمه المهر ، ويستوفى المهر من رقبته ، إما أن يدفعه السيد أو يباع فيه ، خلافاً للشافعي في قوله الجديد « إن المهر يتعلق بذمته ».

دليلنا : ما روى جابر أن غلاماً لأبي موسى تزوج مولاة لفلان التيمي[3] بغير إذن أبي موسى، فكتب في ذلك إلى عثمان ، فكتب إليه أن فرّق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها ، وكان صداقها خمسة أبعرة[4] . فموضع

حسن . وأخرجه ابن ماجه بنحو هذا في النكاح (١٩٥٩) عن ابن عمر . قال الألباني : حسن .

(١) أخرجه البخاري في البيوع (١٩٤٨)، ومسلم في الرضاع (١٤٥٧) عن عائشة.

(٢) سبق تخريجه .

(٣) جاء عن ابن قدامة في المغني تيجان التيمي (٦/ ٥١٧) .

(٤) ذكره ابن قدامة في المغني (٦/ ٥١٧) . والأثر أخرجه أحمد بسنده كما في المسائل برواية ابنه صالح (١/ ٤٧٦-٤٧٧) ط. الهندية). ورواه باختصار عبدالرزاق في المصنف (١٣٠٧١).

الدلالة : أنه قال : خذ لها الخمسين من صداقها . ولم ينتظر به العتق، فدل على أنه يتعلق برقبته .

ولأن هذا الوطء يجري مجرى الجناية، بدليل أنه ينفذ من الصبي والمجنون كما تنفذ سائر الجنايات ، بدليل أن الشهود إذا شهدوا بالطلاق بعد الدخول ثم رجعوا غرموا ، كما لو شهدوا بمال ثم رجعوا ، وقد ثبت أن العبد إذا جنى جناية وجب بها أرش يتعلق برقبته يباع فيها، كذلك هاهنا ، وإذا ثبت أنه يتعلق برقبته ، فإن كان قد دخل بها فلها مهر المثل ، لأن العقد الفاسد إذا قارنه الدخول ولم يكن مسمى رجع إلى مهر المثل لا قيمة البضع، كما يرجع إلى قيمة السلعة عند تلفها ، وإن كان في العقد مسمى لم يسقط المسمى وتعلق برقبته خمساه . وكان القياس يقتضي أنه يتعلق به جميعه، لكن تركنا القياس في ذلك لقصة عثمان .

وقال الشافعي : «يبطل المسمى في العقد الفاسد، ويرجع إلى مهر المثل»[1].

فالدلالة على أن المسمى لا يبطل في العقد الفاسد في الجملة : ما روى أبوبكر الأبهري بإسناده عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، وإن دخل بها فلها صداقها المسمى»[2].

وحدثني القاضي أبو محمد ابن نصر المالكي قال : حدثني أبوعلي الحسن ابن علي بن شاذان قال : حدثني أبونصر أحمد بن نصر البخاري قال : حدثنا

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٣/ ٢٣٣) .

(٢) رواه أبوداود في النكاح (٢٠٨٣) بنحوه ، والترمذي في النكاح (١١٠٢) ، وابن ماجه في النكاح (١٨٧٩) قال الألباني : صحيح .

أحمد بن محمد بن أحمد البخاري قال : حدثنا إسحاق بن إبراهيم بن عمار، نا إسحاق بن حمزة ، نا عيسى بن عنجار ، عن أبي حمزة ، عن يحيى بن سعيد ، عن عبدالملك بن جريج ، عن سليمان بن موسى ، عن محمد بن شهاب ألا عروة بن الزبير حدثه أنه سمع عائشة تحدث عن رسول الله ﷺ : «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل ، ولها الذي أعطاها بما استحل من فرجها »[1] وهذا نص في أن المسمى لا يبطل في النكاح الفاسد.

وأيضاً قصة عثمان قضى لها بالخمسين دليل على أنه لم يبطل المسمى . ولا يمكن أن يقال : إنه يجوز أن يكون الخمسان مهر مثلها ؛ لأنه لم يكن بالمدينة معه، وإنما كان في موضع آخر. واعتبار مهر المثل يحتاج إلى اجتهاد وتأمل، ولم ينقل أنه فعل هذا .

ولأن المسمى يجب في العقد الصحيح، فجاز أن يجب في الفاسد ، دليله : مهر المثل، فحصلت قضية عثمان دالة على أن الصداق يتعلق برقبته، وأن المسمى لا يسقط ، وأنه يجب خمساه لا جميعه ، فإذا أوجبنا خمسيه فإن ذلك معتبر بقيمته، وإن كان ذلك قدر قيمته فما دون تعلق برقبته ، وإن زاد على قيمته لم يلزم السيد ما زاد على قيمته من ذلك على ما نقل الخرقي في أصل المسألة في جناية العبد إذا زادت على قيمته هل يلزم السيد جميعها أو قدر قيمته ؟ على روايتين :

إحداهما : يلزمه جميع ذلك ، أو يسلمه العبد ؛ لأن تسليمه ربما رغب راغب فيه فأعطى زيادة على قيمته بحيث تبلغ أرش الجناية .

---

(١) رواه الترمذي في النكاح (١١٠٢) بلفظ مقارب . وانظر ما قبله .

والثانية : (لا يلزمه)[١] أكثر من قيمته ؛ لأن الذي يستحق (بالجناية)[٢] ما يقابل قيمته، بدليل أنه لو سلمه إليهم لم تلزمه زيادة عليه ، فإذا دفع قيمته فقد أعطى ما يقابل الرقبة، فلم يلزمه زيادة عليها .

مسألة : قال : (وإذا تزوج الأمة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر ، وعليه أن يفديهم ، والمهر المسمى ، ويرجع به على من غرّه ، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء ، وإن كان ممن يجوز له أن ينكح الإماء فرضي بالمقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق . وإن كان المغرور عبداً فولده أيضاً أحرار يفديهم إذا أعتق ، ويرجع به أيضاً على من غره) .

أما قوله : (الولد حر) بذلك ؛ لأنه اعتقد الإحبال بحرة، كان حراً باعتقاده، كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكاً للبائع (فتبين) [٣] أنها غصب، فإن و لده حر باعتقاده ، كذلك هاهنا .

وقوله : (وعليه أن يفديهم) لسيد الأمة ، لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكاً لسيدها، وقد أتلف الرق عليه باعتقاده، فكان عليه قيمته ، لأن المسألة محمولة على أن الغرر لم يكن من جهة السيد، وإنما كان من جهة غيره ؛ لأنه لو كان من جهة سيدها عتقت عليه بقوله : إنها حرة . أيضاً مهرها للسيد ؛ لأن وطئه صادف ملك السيد، فكان عليه مهرها .

وقوله : (ويرجع في ذلك على من غره) أما قيمة الولد فيرجع به على الغار؛ لأنه غرّه بما لا يحصل له في مقابلته عوض ؛ لأن القيمة إنما وجبت لأجل

---

(١) في (س) : لا يلزم .
(٢) في (س) : الجناية .
(٣) في (س) : فإن .

حرية الولد ، وحريته لم تحصل له عوض ، وإنما لحقه نسب الولد، وحصلت الحرية للولد، ولم يحصل له عوض في مقابلة القيمة التي غرمها، فلهذا رجع عليه .

وأما المهر فهل يرجع به أم لا ؟ على روايتين : الأولى : نقل الخرقي أنه يرجع به أيضاً على الغار ؛ لأنها غرامة لحقت الزوج لسيدها ، فرجع بها على الغار، دليله : قيمة الأولاد ، يبين صحة هذا : أن الوطء وجب بالعقد، بدليل أنه لو اشترى أمة فوجدها مزوجة ثبت لها الخيار ، فلو لم يكن موجباً بالعقد لما ثبت بالخيار ، وإذا ثبت أنه موجب بالعقد فلم يسلم له ذلك، ورجع عليه بالقيمة كالولد .

والثانية : لا يرجع عليه ؛ لأنه قد حصل له في مقابلة ما غرم عوض، وهو الوطء، فلهذا لم يرجع ، وليس كذلك الأولاد ، لأنه لا يحصل له بدل في مقابلة الغرم فلهذا رجع .

وقوله : (ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء) . معنى هذا الكلام أن يكون واجداً لطول حرة، ويأمن العنت ، وهذا فصل يأتي الكلام فيه مع أبي حنيفة . وإن كان ممن يباح له نكاح الإماء وهو لا يجد طولاً لحرة ويخاف العنت فهو بالخيار بين المقام وبين الفراق .

وإذا أقام معها فما يحدث من الأولاد بعد ذلك فهم أرقاء؛ لأن ولده من الزوجة الأمة رقيق، فلذلك كان الأولاد أرقاء .

وقوله : (وإن كان المغرور عبداً فأولاده أيضاً أحرار) لأنه اعتقد الإحبال بحرة فكان حراً باعتقاده، كما لو كان المغرور حراً ، ويكون على العبد قيمتهم تتعلق بذمته يتبع بعد العتق ؛ لأنه لا يجد في الحال قيمتهم والحر واجد ؛ لأنه

يملك ولم تتعلق قيمتهم برقبته ؛ لأنه لم يحصل له عوض في مقابلة القيمة ، وإنما تجب القيمة في مقابلة الحرية ، والحرية حصلت للمولود، ولا حصل من العبد جناية في الأولاد، فيتعلق ذلك برقبته ، وإنما حكمنا بعتقهم لأجل الاعتقاد ، فلو قلنا تتعلق برقبته ألزمنا السيد ما لم يحصل له عوضه ولا لعبده ، ويفارق هذا ديونه التي تتعلق برقبته ؛ لأنه قد حصل للعبد عوض منها، وهو إتلافه لمال الغريم، فلهذا تعلقت برقبته يفديه السيد أو يسلمه ، فإذا فداه بعد العتق رجع به على من غره، كما قلنا في الحر إذا كان مغروراً .

مسألة : قال : (وإذا قال : قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح ، وإذا قال : أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين ، سواء تقدم العتق أو تأخر إذا لم يكن بينهما فصل ، فإن طلقها قبل أن يدخل بها رجع عليها بنصف قيمتها) .

أما (اللفظ)[1] الأول وهو : (إذا قال : عتق أمتي صداقها وقع العتق وثبت النكاح) . وظاهره يقتضي أن العتق يقع وإن لم يلفظ به، بل يحصل بقوله: جعلت عتقها صداقها .

(وأما اللفظ الثاني : وهو إذا قال : (أعتقتها وجعلت عتقها صداقها) [2] فقد صرح بذكر العتق فوقع ، وقد صرح أيضاً فجعل العتق مهراً، ولم يصرح بلفظ النكاح، ولكن ينعقد بذكر العتق وجعله صداقاً .

وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن النكاح (لا)[3] ينعقد حتى

(١) ما بين القوسين من الهامش .

(٢) ما بين القوسين من الهامش .

(٣) في (س) : على .

يستأنف عقداً مبتدأ ، وهو الصحيح عندي ، و به قال جماعة الفقهاء .

وجه ما نقله الخرقي في أن العتق يقع في المسألة الأوله وأن لم يلفظ به : هو أن قوله : « جعلت عتقها صداقها » تقديره : قد أعتقتها وجعلته صداقها ، فهو بمنزلة قوله : « جعلت مالي صدقة » فإنه يصير صدقة وإن لم يوجد منه فعل الصدقة .

والدلالة على أن النكاح ينعقد بقوله : « جعلت عتقها صداقها » : ما روى أنس أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها [1] . فموضع الدلالة : أن النبي ﷺ وجد منه هذا اللفظ بالعتق وجعله صداقاً ، وثبت له بذلك عقد النكاح على صفية، فدل على انعقاد النكاح بذلك .

ووجه الرواية الأخرى : أنه (لم) [2] يوجد من جهته لفظ النكاح .

وقوله : (فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها) لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف المهر ، والذي أصدقها نفسها رجع عليها بنصف قيمتها .

مسألة : (وإذا قال الخاطب للولي : أزوجت ؟ قال : نعم ، وقال للمتزوج : أقبلت؟ فقال : نعم . فقد انعقد النكاح بينهما إذا كان بحضرة شاهدين) . خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : « لا ينعقد حتى يقول نعم قد زوجت ، ويقول الزوج : نعم قبلت النكاح » .

دليلنا : أن قوله : نعم . جواب عن ذلك، وقد أقيم مقام الصريح ، ألا ترى أنه لو ادعى على رجل بحضرة الحاكم ألف درهم، فسأله الحاكم عن ذلك

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (س) : لو .

فقال: نعم كان إقراراً صحيحاً بمثابة قوله: نعم على ألف درهم، كذلك هاهنا.

مسألة : قال : (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات ، وليس للعبد أن يتزوج إلا اثنتين، وله أن يتسرى بإذن سيده) .

أما الحر فلا تجوز له الزيادة على أربع ، خلافاً للقاسم (بن إبراهيم)[1] وشيعته في قولهم : يجوز الجمع بين تسع .

دليلنا : ما روي أن غيلان[2] أسلم وتحته عشر نسوة ، فقال له النبي ﷺ : «أمسك منهن أربعة وفارق سائرهن»[3] .

فدل على أنه لا تجوز الزيادة على هذا العدد .

وأما العبد فلا يجوز له الزيادة عل اثنتين ، خلافاً لمالك في قوله : « يجوز أن يعقد على أربع كالحر ».

دليلنا : إجماع الصحابة ، روى ذلك عن عمر[4] وعبدالرحمن بن عوف[5] رضي الله عنهما أنهما قالا : « لا ينكح العبد إلا اثنتين » .

وقال الحكم[6] بن عتيبة : أجمع أصحاب رسول الله ﷺ أن العبد لا ينكح

---

(١) ما بين القوسين في (س) (بن محمد) وذكر ابن قدامة في المغني أنه القاسم بن إبراهيم . انظر المغني (٦/ ٥٤٠) .

(٢) هو غيلان بن سلمة .

(٣) أخرجه الترمذي بنحوه في النكاح (١١٢٨) ، وابن ماجه في النكاح (١٩٥٣) . وقال في تلخيص الحبير قال ابن عبدالبر: طرقه كلها معلولة (٣/ ١٦٨، ١٦٩) . وقال الألباني : صحيح .

(٤) أثر عمر : رواه سعيد بن منصور (٧٨٦)، (١٢٧٧) ، والدارقطني ٣/ ٣٠٨ (٢٣٧)، والشافعي في مسنده (١٨٧) ، والبيهقي (٧/ ٤٢٥) ، وعبدالرزاق (١٢٨٧٢) .

(٥) رواه عبدالرزاق (١٣١٣٥) .

(٦) هو الحكم بن عتيبة مصغراً أبو محمد الكندي الكوفي ثقة فقيه توفي سنة ١١٥هـ . وقيل ١١٤هـ . انظر : شذرات الذهب (١/ ١٥١) .

أكثر من اثنتين [١] .

ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر، فلا يساوي العبد فيه الحر ، دليله : العدة.

فأما التسري بإذن السيد فظاهر ما نقله الخرقي أن له ذلك سواء قلنا أنه يملك إذا ملك ، أو قلنا لا يملك . وقد صرح أبوبكر بن جعفر بهذا ، فقال : إن أذن له في التسري جاز؛ سواء قلنا يملك إذا ملك أو لا يملك ؛ لأن كل من جاز له الوطء بعقد النكاح جاز له التسري ، دليله : الحر .

ولأنه استباحة بضع فجاز في حق العبد ، دليله : الاستباحة والنكاح.

وعندي أن هذا مبنى على اختلاف الرواية في العبد هل يملك أم لا ؟ فإن قلنا : إذا مُلك مَلك جاز له التسري ، وإذا قلنا : لا يملك . لم يجز له التسري ، وإنما يكون في ملك ، وهو ممن لا يملك فلهذا لم يصح له التسري .

مسألة : قال : (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك فيه الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها ، وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج خامسة حتى تنقضي عدة المطلقة، وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : « يجوز العقد على أختها وعلى خامسة قبل انقضاء العدة إذا كان الطلاق بائناً ، ولا يجوز في الرجعي» .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء : ٢٣] فحرم الجمع بينهما في جميع الوجوه ، وفي هذا الموضع يحتمل جامعاً بينهما في إلحاق النسب ، ووجوب السكنى والحبس على

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (١٦٢٩٥) ، والبيهقي (٧/ ١٥٨) .

الأزواج لحقه ، فيجب أن يحرم عليه ذلك ، ولأنها محبوسة عليه لحقه ، فوجب أن لا يجوز له العقد على أختها أو على خامسة ، دليله: الرجعية .

مسألة : قال : (ومن خطب امرأة فزُوِّج بغيرها لم ينعقد النكاح) .

بيان هذا أن يكون لرجل بنتان، فيخطب إحداهما إليه ويعينها، ثم يوجب له النكاح في غيرها من غير علم من العاقد بذلك، فإن النكاح لا ينعقد ؛ لأن القبول انصرف إلى غير ما يوجبه العاقد فلم يصح ، كما لو ساومه في ثوب بعينه واستدعى منه الإيجاب، فأوجب له البيع في غير ذلك المبيع، فقبل المبتاع بغير علم منه لم ينعقد البيع .

ولأن غرض المتزوج يختلف باختلاف أعيان النساء ، فإذا أوجب له في غير من خطبه إياها يجب أن لا يصح ؛ لأنه خالف مقصوده فهو كالبيع .

مسألة : قال: (وإذا تزوجها وشرط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها فلها شرطها) خلافاً لأكثرهم في قولهم : « هذه الشروط لا تلزم » .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «أحق ما وفيتهم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»[١] وهذا قد استحل به الفرج، فيجب أن يفي به .

ولأنه أجماع الصحابة [٢] ، روي عن عمر، وعمرو بن العاص، وسعد ، فأما عمر : فروى عبدالرحمن الأشعري أنه سمع عمر بن الخطاب سئل عن رجل تزوج امرأة وشرط لها دارها وقال عمر : لها شرطها » [٣] .

---

(١) رواه البخاري في الشروط (٢٥٧٢)، ومسلم في النكاح (١٤١٨) .

(٢) انظر : فتح الباري (٩/ ٢١٧، ٢١٨) ، والترمذي (٣/ ٤٣٤) .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (٦٦٢) ، والبيهقي في السنن (٧/ ٢٤٩) ، وعبدالرزاق (١٠٦٠٨)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٦٧٠٦) . وعلقه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في

وعن سعد أنه زوج ابنته وشرط على زوجها أن لا ينقلها من بيتها ، فبدا لزوجها، فدخل سعد على ابنته فقال لها: ليس له أن ينقلك وقد شرطت عليه.

ولأن هذا الشرط لا يمنع المقصود من العقد فكان لازماً، كما لو زادت عليه في الصداق ، ولا يلزم عليه إذا شرطت لا يطأها ، أو يطأها في وقت دون وقت، لأن ذلك يمنع المقصود وهذا لا يمنع ؛ لأن الاستمتاع ثابت له إلا أنه في الحضر دون السفر ، كما لو استأجر عبداً للخدمة ، فإن إطلاقها يقتضي المسافرة ، ويجوز أن يشترط عليه المسافرة ، ولا يدل هذا على أنه شرط ما ينافي العقد .

مسألة : قال : (وإذا نكحها على أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إن تزوج عليها) وذلك لأن لها في ذلك فائدة وصلاحاً ، وهو أن يتوفر عليها في القسم سوء العشرة ، فهو كما لو شرطت عليه أن لا ينقلها من دارها لما لها فيه من المنفعة من كونها في وطنها وبين أهلها .

مسألة : قال : (وإذا أراد أن يتزوج بامرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها) ، خلافاً لبعضهم في قولهم : « لا يجوز أن ينظر إلى شيء منها».

دليلنا : ما روى أبو هريرة أن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ تزوج امرأة من الأنصار فقال : « انظر إليها فإن في أعين الأنصار سوءاً » [١] .

وروي أن المغيرة لما أراد أن يتزوج قال له النبي ﷺ : « انظر إليها فإنه أحرى أن (يؤدم) [٢] بينكما » [٣] .

المهر عند عقد النكاح . انظر : فتح الباري (٥/ ٣٢٢) ، وفي كتاب النكاح باب الشروط في النكاح (انظر الفتح (٩/ ٢١٧) .

(١) أخرجه مسلم في النكاح (١٤٢٤) .

(٢) في الأصل : يدوم .

(٣) رواه الترمذي في النكاح (١٠٨٧) ، والنسائي في النكاح (٣٢٣٥) ، وابن ماجه في النكاح

وقد أطلق الخرقي القول من غير تحديد لشيء منها ، وقد اختلفت الرواية في هذا على روايتين : أحدهما : ينظر إلى الوجه فقط . والثانية: ينظر إلى ما ينظر منها في العادة من الوجه واليدين والقدمين . وبه قال أبوحنيفة .

والأولة : أظهر في المذهب ، لأنه إذا ظهر منها في الصلاة شيء غير الواجب بطلت صلاتها .

وقال الشافعي رحمه الله : « يجوز أن ينظر منها إلى الوجه والكفين» ؛ لأن عنده يجوز أن ينكشف منها في الصلاة الوجه والكفان .

والدلالة على أنه لا يجوز النظر إلى غير الوجه : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «المرأة عورة»[1] وهذا إشارة إلى جملتها إلا أن الوجه خرج بالإجماع ، فإذا ثبت أن جميعها عورة لم يجز النظر إلى عورة .

ولأن اليدين لا يتعلق بها حكم الإحرام في حقها ، فلم يجز النظر إليها كسائر البدن ، وعكسه الوجه فإن إحرامها في وجهها، فلهذا جاز النظر إليه .

ولأنه إنما يجوز النظر إليها لينظر محاسنها، فهذا يقع بالنظر إلى الوجه ، لأنه مجمع المحاسن، فتوصل به إلى غرضه، فلهذا لم يجز النظر إلى غيره ، وإذا جاز له النظر إلى ما ذكرنا فلا يجوز له أن يخلو بها وإنما بحضرة رجال أو نساء من أهلها لقوله ﷺ : « ما خلا رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان »[2] .

(١٨٦٦) . قال الألباني: صحيح .

(١) أخرجه الترمذي في أبواب الرضاع (١١٧٣) وقال : حسن صحيح غريب . قال الألباني : صحيح .

(٢) أخرج الترمذي في أبواب الفتن ، باب في لزوم الجماعة حديث (٢١٦٥) عن ابن عمر عن عمر يرفعه حديثاً . فيه : « ألا لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان» . وقال : حديث حسن صحيح غريب . قال الألباني: صحيح . وانظر مسند الإمام أحمد (٣/ ٣٣٩، ٤٤٦) عن

ولأنه يخاف عليها بالخلوة أن تتوق نفسه إلى جماعها حراماً، فلهذا منع من ذلك .

مسألة : قال : (وإذا زوج أمة و شرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ويبعث بها إليه بالليل، فالعقد والشرط جائزان ، وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده).

أما الشرط فصحيح ، فإنه لا يمنع معظم الاستمتاع ؛ لأن عماد القسم بالليل وهي عنده ليلاً، فلهذا كان شرطها صحيحاً .

وأما النفقة فتلزم (السيد)[1] مدة مقامها عنده ، وهو النهار ؛ لأنها في تلك الحالة مانعة للزوج منافعها، وهي تحت السيد، فلهذا كان عليه النفقة وغير ذلك.

* * *

عامر بن ربيعة وجابر بن عبدالله .

(١) في (س) : (الزوج) وكتب على الهامش ما نصه (لعله فتلزم السيد مدة مقامها .. إلخ) .

باب ما يحرم نكاحه [١]

مسألة : قال : (والمحرمات نكاحهن بالأنساب : الأمهات ، والأخوات، والبنات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت)، وذلك لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾ [النساء : ٢٣] .

والمحرمات بالأسباب : الأمهات المرضعات ، والأخوات من الرضاعة، وأمهات النساء ، وبنات النساء اللاتي دخل بهن ، وحلائل الأبناء ، وزوجات الأب ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ...﴾ إلى قوله : ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] .

وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [النساء : ٢٢] .

فأما الربيبة التي دخل بأمها فإنهما محرمة سواء كانت في حجره أو لم تكن.
وقال داود : إن كانت في حجره حرمت ، وإن لم تكن لم تحرم .
دليلنا : الآية [١] ؛ ولأن هذا هو الغالب من رجال الربائب أنهن يكن في

(١) في (س) : (باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه) .

حجر أزواج الأمهات ، فوصفهن بالأغلب من أحوالهن ؛ لا أنه [٢] جعل ذلك في الحجر شرطاً في التحريم .

ولأنه سبب تحرم به المرأة على الرجل إذا كانت في حجره ، فوجب أن تحرم عليه وإن لم تكن في حجره، كسائر الأسباب الموجبة للتحريم ، مثل تحريم حلائل الأبناء وغيرهم .

مسألة : قال : (والجمع بين الأختين) وذلك لقوله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء : ٢٣] .

ولأن العادة جارية أن المرأتين إذا جمع بينهما في النكاح (تباغضتا وتحاسدتا) [٣] وتقصد كل واحدة منهما مضرة صاحبتها وأذاها ، فلو أجزنا الجمع بين الأختين أدى إلى التباغض وقطع الرحم ، فمنع من ذلك.

مسألة : قال : (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) يعني مثل الأم من الرضاعة والبنت والأخت ونحو ذلك؛ لما تقدم من قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣].

ولقول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » [٤] .

مسألة : قال : (ولبن الفحل محرم) وصفة ذلك: أن يطأ زوجته فتحبل، فيثوب لها لبن يكون غذاء لهذا الولد، فترضع به مولوداً خمس رضعات في الحولين، فتنتشر الحرمة منه إليهما ومنهما إليه ، فأما منه إليهما فإنه يتعلق

(١) قوله تعالى : (حرمت عليكم أمهاتكم)إلى قوله : (وربائبكم اللاتي في حجوركم).

(٢) في (س) : لأنه ، والصواب ما أثبت .

(٣) في (س) : تباغضان وتحاسدان .

(٤) أخرجه البخاري في الشهادات (٢٥٠٢) ، ومسلم في الرضاع (١٤٤٧) .

التحريم بامرأته ونسله وعقبه دون من هو في طبقته كإخوته وأخواته، وأعلى منه مثل آبائه وأمهاته .

وأما منهما إليه : فهو كولدهما من النسب ، فكل من حرم منهما على ولدهما من النسب حرم على هذا المرضع والمرضعة ، فأمها جدته ، وأختها خالته ، والزوج أبوه ، وأمه جدته ، وأخته عمته ، و هذا خلاف لسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وربيعة وحماد في قولهم : لا يتعلق التحريم بالرجل .

دليلنا : قوله ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » والأب والعم والأم يحرم من النسب، فيجب أن تحرم الرضاعة مثله .

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ في بيتي، فاستأذن رجل على حفصة، فقالت : يا رسول الله ، إن هذا يستأذن في بيتك . فقال : «أراه فلاناً عم حفصة من الرضاعة » فقلت : يا رسول الله لو كان فلاناً أكان يدخل علي – يعني عمها من الرضاعة ؟ - قال : « نعم »[1] . وهذا نص .

ولأن كل من حرم بالنسب حرم بإرضاع كالأم .

مسألة : قال : (والجمع بين المرأة وعمتها ، وبينها وبين خالتها) خلافاً للخوارج في قولهم « هو مباح » .

دليلنا : ما روى أبوهريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا المرأة وخالتها »[2] .

ولأن كل امرأتين لو ولدت إحداهما ذكراً لم يجز التزويج بالآخر، ولم يجز الجمع بينهما في النكاح كالأختين .

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات (٢٥٠٣) ، ومسلم في الرضاع (١٤٤٤) .

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٤٨٢٠) ، ومسلم في النكاح (١٤٠٨) .

مسألة : قال : (وإذا عقد على المرأة وإن لم يدخل بها فقد حرمت على أبيه وحرمت عليه أمها والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب، وابن الابن وإن سفل بمنزلة الابن) خلافاً لمجاهد في قوله : أمهات النساء لا يحرمن إلا بعد الدخول[١] .

دليلنا : ما روى عبدالله بن (عمرو)[٢] بن العاص أن النبي ﷺ قال : «من تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بناتها»[٣] . وهذا نص في تحريم أمهات النساء قبل الدخول .

وأما تحريمها على أبيه وابنه فلذلك لما تقدم من قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٢٢]، وقوله : ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ﴾ [النساء : ٢٣] والجد وإن علا في ذلك كالأب ؛ لأنه يشمله اسم أب، ويشمل ولد ولده أنه ابن له وإن سفل ، فلهذا كانت حليلته محرمة عليه .

مسألة : قال : (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن، إلا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الآباء والأبناء فإنهن محللات ، وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها) وذلك لأن الله تعالى نص على تحريم الأخوات وبناتهن ، و نص على تحريم العمات والخالات ولم يذكر بناتهن فدل على أنهن محللات ، ونص على تحريم بنات الزوجة المدخول بها لقوله تعالى : ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه في كتاب النكاح، باب (أمهات نسائكم) حديث (١٠٨١٧).

(٢) في (س) : عمر .

(٣) أخرجه الترمذي في النكاح (١١١٧) . قال الألباني: ضعيف . وانظر : تلخيص الحبير (٣/٦٦) .

نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣].

ونص على تحريم الحليلة بقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ﴾ [النساء: ٢٣] وبنت الحليلة لا تسمى حليلة، وكذلك بنت زوجة الأب لا تسمى زوجة.

ولأن الربيبة إنما حرمت بعد الدخول بأمها؛ لأنه يشق عليه التحرز من النظر إليها والخلوة بها لكونها في حجره وفي بيته، وليس كذلك في حليلة الابن وزوجة الأب، لأنهما إنما حرمتا بعقد النكاح عليهما، وهذا المعنى معدوم فيما بينهما، فلم يشاركهما في التحريم.

مسألة: قال: (ووطء الحرام يحرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة) معناها أنه إذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه، وحرمت عليه أمها وبنتها، خلافاً للشافعي في قوله «لا يثبت تحريم المصاهرة بالزنى».

دليلنا: قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٢٢] واسم النكاح حقيقة في الوطء، فيجب حمل الظاهر عليه، وإذا حملناه على الوطء فكأنه قال: ولا تطأوا ما وطأ آباؤكم، ولو قال ذلك لم يجز له أن يطأ امرأة وطأها أبوه.

والدليل على أنه حقيقة في الوطء: أن عقد النكاح إنما سمي بذلك الاسم لاختصاصه بالوطء؛ لأنه سبب يتوصل إليه فسمي باسمه كما سمي الشيء إذا كان مجاوراً له، أو كان منه بسبب، ألا ترى أن عقد السر لا يسمى نكاحاً وإن كان قد يتوصل به إلى الوطء، لأنه لا يختص باستباحته، لأنه قد يشتري أخته من الرضاعة ولا يحل له وطؤها، ولا يجوز له أن يعقد النكاح على من لا يجوز له وطؤها.

ولأن الوطء فعل يوجب التحريم ، فوجب أن لا يختلف وقوعه على وجه محظور أو مباح ، ألا ترى أنه لو فرق بين أن يطأ أمته وهي مسلمة أو مجوسية وبين أن يطأ زوجته وهي حائض أو طاهر ، ولا يلزم عليه العقد الفاسد ؛ لأنه قول ، ولأن الوطء آكد في إيجاب التحريم من العقد ، ألا ترى أن الوطء يوجب تحريم الربيبة والعقد لا يوجبه ، والعقد في مسألتنا يوجب تحريمها على أبيه وابنه ، فالوطء آكد منه، فأولى أن يحرم .

مسألة : قال (وإذا تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد ، فإن تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته ، والقول فيهما القول في المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها) .

أما إذا تزوجهما في عقد واحد فسد ؛ لأنه ممنوع من الجمع بينهما؛ لقوله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء : ٢٣] . فلو قلنا : إن العقد صحيح، كان فيه جمع بين الأختين ، وأما إن عقد عليهما في عقدين فالأولى زوجته ، ولا يصح نكاح الثانية ، فلم يصح ؛ لأن أختها فراش له ، فلو قلنا: يصح العقد . كان فيه جمع بين الأختين .

ومعنى قوله : (القول فيهما القول في المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها) وهو أنه لا يجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها في عقد واحد ، ولو كان في عقدين صح نكاح الأولى وبطل نكاح الثانية لما ذكرنا في الأختين ؛ لأن الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها محرم كما هو محرم الجمع بين الأختين .

مسألة : قال : (وإذا تزوج أخته من الرضاعة وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية) .

أصل هذه المسألة إذا باع حراً وعبداً في صفقة واحدة هل يبطل العقد فيها

أم تفرق الصفقة فيصح في العبد (ولا يصح)[1] في الحر؟ المنصوص عن أحمد رحمه الله: أن العقد صحيح في العبد، ويبطل في الحر.

وحكى أصحابنا في النكاح والبيع روايتين: إحداهما: إبطال العقد فيهما وهو قول أبي حنيفة.

والثانية: (صحيح)[2] في الأجنبية وفي العبد، وهو اختيار الخرقي، وللشافعي قولان:

وجه ما نقله الخرقي: أنه إذا تزوج امرأتين أحداهما يصح العقد عليها والأخرى مما لا يصح، أو باع حراً وعبداً لم يكن له حمل الباطل على الصحيح بأولى من حمل الصحيح على الباطل فتقابلا من غير مزية، فأعطينا كل واحد منهما حكمه إذا انفرد، وفي مسألتنا لأحدهما مزية على الآخر حال الانفراد، ألا ترى أنه يصح العقد على الأجنبية وعلى العبد حال الانفراد، ويفارق هذا إذا عقد على أختين في عقد واحد أن النكاح باطل، ولا نقول: يصح في إحداهما؛ لأنه ليس في إحداهما مزية حال الانفراد ولا حال الاجتماع؛ فلهذا بطل فيهما.

مسألة: قال: (وإذا اشترى أختين فأصاب إحداهما لم يصب الأخرى حتى تحرم عليه الأولى ببيع أو نكاح أو هبة أو ما أشبهه، ويعلم أنها ليست بحامل، فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهن حتى تحرم الأخرى) خلافاً لداود في إجازته الجمع بين الأختين الأمتين في الوطء بملك اليمين.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾

---

(١) في (س): ويصح.

(٢) في (س): صحيحه.

[النساء : ٢٣] . فنهى عن الجمع بين الأختين ، فهو على العموم .

ولأنها صارت فراشاً لرجل، فلم تحلّ له أختها ما دامت فراشاً، كالزوجية.

مسألة : قال : (وعمة الأمة وخالتها في ذلك كأختها) يعني بذلك أنه لا يجوز أن يجمع بين الأمة وعمتها ، ولا بينها وبين خالتها في الوطء بملك اليمين ؛ لأن النبي ﷺ « نهى أن تنكح المرأة على عمتها وخالتها »[١] وهذا عام.

وكل امرأتين منع الجمع بينهما إذا كانتا أختين منع الجمع بينهما إذا كانت إحداهما عمة الأخرى أو خالتها ، دليله : الحرائر .

مسألة : قال : (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها) خلافاً لابن أبي ليلى في قوله : لا يجوز .

دليلنا : أنه لا نسب بينهما ولا رضاع ، فجاز أن يجمع بينهما ، دليله : الأجنبيتين .

مسألة : قال : (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلال للمسلمين) خلافاً للقاسم[٢] بن محمد وشيعته في قولهم : لا يحل نكاحهن[٣] .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ إلى قوله : ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة : ٥] .

ولأنهم قوم معروف كتابهم، فوجب أن يحل نكاحهن كالمسلمين ،

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) هو القاسم بن محمد بن عبدالله الجمحي القرشي فقيه مات سنة ٤٣٧هـ . انظر : طبقات فقهاء اليمن (ص٨٧) .

(٣) وروي ذلك عن الإمامية . انظر : المغني لابن قدامة (٦/ ٥٨٨) .

ويفارق (هذا)[1] عبدة الأوثان والمجوس أنه لا كتاب لهم فلا يحل نكاحهن .

فأما ذبائحهم فالدلالة عليه : قوله تعالى : ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ [المائدة : ٥] ، وله موضع يأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى .

مسألة : قال (وإن كان أحد أبوي الكافر كتابياً والآخر وثنياً لم ينكحها مسلم) .

بيانه: أن تكون الأم كتابية والأب مجوسي أو وثني ، أو تكون الأم مجوسية والأب كتابي، فالحكم فيهما واحد ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يجوز نكاحه وأكل ذبيحته في الموضعين .

وخلافاً للشافعي في أحد القولين : إذا كانت الأم كتابية والأب مجوسياً أو وثنياً لم يجز ، فإن كان الأب كتابياً والأم مجوسية أو وثنية جاز ذلك .

دليلنا : أنه كافر ينسب إلى من لا يحل أكل ذبيحته ومناكحته ، فلم يحل أكل ذبيحته ومناكحته ، دليله : لو كان الأب والأم مجوسيين .

ولأنه اجتمع في هذا الولد حظر وإباحة ، والحظر والإباحة إذا اجتمعا في الذكاة غلب الحظر ، كما لو اشترك مجوسي ومسلم في الذبح .

ولأن أحد أبويه مجوسي أو وثني فلم تحل مناكحته ، دليله : لو كان الأب بهذه الصفة ، وهذا القياس يختص بالشافعي رحمه الله .

مسألة : قال : (وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر غير دين أهل الكتاب أجبرت على الإسلام ، فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها) .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

أما قوله : (إذا انتقلت إلى دين آخر غير دين أهل الكتاب أجبرت على الإسلام) . ظاهره إن انتقلت إلى دين آخر (من) [١] دين أهل الكتاب مثل أن تكون يهودية فتنتقل إلى نصرانية ، أو نصرانية إلى يهودية أنها تقر على دينها . والوجه فيه : أنه انتقال من كفر إلى كفر لأهله كتاب، فيجب أن يقر عليه ، دليله: الشيعة[٢] ، وهم فرقة من اليهود إذا انتقلوا إلى مذهب العنانية [٣] وهم فرقة أخرى منهم أنهم يقرون عليه ، وكالنسطور [٤] إذا انتقلوا إلى مذهب الملكانية[٥] .

ولأن الدين الثاني في معنى الدين الذي كنا صالحناه عليه ؛ لأنه من أهل الكتاب يقر عليه وتنكح نساؤه وتؤكل ذبيحته .

وأما إذا انتقل إلى دين غير دين أهل الكتاب فإنه لا يقر عليه لعموم قوله

---

(١) في (س) : غير .

(٢) لم أقف على فرقة من فرق اليهود بهذا الاسم، ولعل ذلك يكون تحريفاً حيث يوجد لهم فرقة باسم الأشعنية، وهذه الفرقة هي القائلة بأقوال الأحبار ومذاهبهم، وهم جمهور اليهود وتعرف باسم آخر «الربانية» . انظر: الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم (١/ ٩٩).

(٣) والعنانية : هي فرقة من فرق اليهود وهم أصحاب عانان الداودي اليهودي، وهذه الفرقة لا تتعدى شرائع التوراة وما جاء في كتب الأنبياء عليهم السلام، ويتبرؤون من قول الأحبار . انظر : المرجع (١/ ٨) .

(٤) هي النسطورية : وهي فرقة من فرق النصارى منسوبون إلى نسطور، وهذه الفرقة غالبة على الموصل والعراق وفارس وخراسان . انظر : الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم (١/ ٤٨، ٤٩) .

(٥) الملكانية : هي فرقة من فرق النصارى وهي مذهب جميع ملوك النصارى حيث كانوا ما عدا الحبشة ، ومذهب جميع نصارى أفريقيا وصقليا والأندلس وجمهور الشام. انظر : الفصل في الملل والنحل لابن حزم (١/ ٤٨، ٤٩) .

ﷺ: « من بدل دينه فاقتلوه »[1] .

ولأن الدين الثاني ليس في معنى الدين الذي صالحناه عليه ، ألا ترى أنه لا يقر عليه بالجزية ، ولا تؤكل ذبيحته ، ولا تنكح نساؤه، فلم يقر عليه ، كما لو انتقل (من)[2] الإسلام إلى الكفر لم يكن في معنى الدين الذي كان عليه ؛ وهو أنه كان على دين يقر عليه بغير جزية ، ويباح نكاح إمائه وغير ذلك من الكمال لم يقر عليه ، كذلك هاهنا ، ويفارق هذا إذا انتقل إلى دين أهل الكتاب؛ لأن الثاني في معنى الأول من الوجه الذي ذكرنا ، فإذا ثبت أنه لا يقر عليه، فإذا أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح بحاله ، وإن كان بعد انقضاء العدة انفسخ النكاح ، كالمسلمة إذا ارتدت عن الإسلام ، فإن أسلمت بعد العدة انفسخ النكاح ، وإن كان في العدة فالنكاح باق ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وأمته الكتابية حلال دون أمته المجوسية) . وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [النساء : ٢٥] فالظاهر أن غير المؤمنة لا يجوز نكاحها كتابية كانت أو غير كتابية إلا ما قام الدليل عليه، والنكاح في اللغة حقيقة في الوطء لما بيناه .

ولأنها طائفة لا تباح حرائرهن فلم يبح وطء إمائهن ، دليله : عبدة الأوثان.

ولأنها امرأة لا كتاب لها فلا يحل وطؤها ، دليله : حرائر المجوس، والوثنية والمرتدة ، وقد دلّنا على الأصل في تحريم حرائرهن قوله :

(١) أخرجه البخاري في الجهاد (٢٨٥٤) .

(٢) في (س) : عن .

﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة : ٥] فأباح نكاح المحصنة من أهل الكتاب ، والمجوس لا كتاب لهم .

وروى الحسن بن محمد [١] قال : كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام ، فمن أسلم قبل منه ، ومن أبى ضربت عليهم الجزية على أن لا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح لهم امرأة [٢] .

وروى الحسن أن حذيفة تزوج مجوسية فقدم عليه عمر فطلقها وقال : إنها ليست من أهل الكتاب [٣] .

مسألة : قال : (وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية) خلافاً لأبي حنيفة في جواز العقد على الأمة الكتابية .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة : ٢٢١] وهذا عام في الحرائر والإماء ، لأن الدليل خص الحرائر ، واسم الشرك يقع على أهل الكتاب ويتناولهم شرعاً واشتقاقاً ، فأما الشرع فقوله سبحانه : ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ﴾ إلى قوله سبحانه وتعالى : ﴿فسبحان الله [٤] عما يشركون﴾ [التوبة : ٣١] فسمى

---

(١) هو الحسن بن محمد بن عبدالله ، توفي عام ١٦٩هـ . انظر: شذرات الذهب (١/ ٢٦٩) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٣١٣) ، وعبدالرزاق (١٩٢٥٦)، والبيهقي (٩/ ١٩٢، ٢٨٤)، وهو مرسل، وفي إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف . انظر : تلخيص الحبير (٣/ ١٧٢) .

(٣) أخرج البيهقي في الكبرى (٧/ ١٧٣) عن معبد الجهني قال : «رأيت امرأة حذيفة مجوسية» قال : فهذا غير ثابت ، والمحفوظ عن حذيفة أنه نكح يهودية ، والله أعلم. انظر : تلخيص الحبير (٣/ ١٧٢) .

(٤) ما بين القوسين (فسبحان الله) ليس من (س) .

اليهود والنصارى مشركين .

وأما الاشتقاق : فهو أن الشرك مشتق من الإشراك ، واليهود والنصارى مشركون ؛ لأن النصارى تقول بالتثليث تقول : إن لله صاحبة وولداً ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ، فثبت أن اسم الشرك يتناولهم .

ولأنها امرأة يصير ولد المسلم منها رقيقاً لكافر ، فلم يحل له نكاحها، كالأمة الوثنية والمجوسية ، أو نقول : إنها امرأة كافرة، فلم يحل للمسلم نكاحها كالأمة الوثنية والمجوسية .

مسألة : قال : (وليس للحر المسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا أن يكون لا يجد طولاً لحرة ويخاف العنت) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : متى لم يكن تحته حرة جاز له نكاح الإماء، سواء كان واجداً لحرة ويأمن العنت أو لم يكن.

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ إلى قوله : ﴿لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [النساء : ٢٥] .

فوجه الدلالة : أنه أباح لمن لم يستطع الطول .

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : الطول السعة والفضل . وهذا شائع في اللغة؛ لأنه يقال: طول فلان على فلان إذا أسبغ عليه وأعطاه.

فلما أباح نكاح الأمة بشرط عدم الطول دل على أنه إذا كان واجداً له لم يحل .

والثاني : خوف العنت وهو قوله : ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ فأخبر أن نكاح الأمة إنما يحل بشرط خوف العنت، وهم لا يعتبرون العنت بحال .

ولأنه حر مستغني عن أن يسترق ولده ، فشابه إذا كان تحته حرة فإنه لا يجوز عندهم نكاح الأمة .

مسألة : قال : (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر لم ينفسخ النكاح) خلافاً للمزني[١] في قوله: ينفسخ نكاح الأمة .

دليلنا : أن زوال أحد الشرطين في نكاح الأمة لا يوجب فسخ نكاحها، كارتفاع خوف العنت .

مسألة : (قال : (وله أن ينكح من الإماء أربعاً إذا كان الشرطان فيه قائمين) خلافاً للشافعي في قوله : ليس له أكثر من العقد على واحدة .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] وهذا عام في الحرائر والإماء .

ولأن له أن يتزوج أكثر من حرة، فله أن يتزوج أكثر من أمة، كالعبد .

ولأنه عدد يحل للعبد، فحل للحر كالحرتين ، يبين صحة هذا : أن حكم الحر في باب النكاح أوسع من العبد ، ثم جاز ذلك للعبد، فأولى أن يكون ذلك جائزاً للحر .

ولأن المعنى الذي أبيح له به نكاح الواحدة موجود في الثانية والثالثة ، لأن كثيراً من الرجال لا تكفيهم المرأة الواحدة لأمور تعرض من الأسفار والمرض والحيض ولفرط شهوة تكون به ، ثم ثبت أنه جائز له ذلك في الواحدة لوجود الشرطين (فيجب)[٢] أن يباح له في الثانية لوجود المعنى .

مسألة : قال : (وإذا خطب المرأة فلم تسكن إليه فلغيره خطبتها) معنى

---

(١) هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو المزني ، من أبرز تلاميذ الإمام الشافعي ، وهو من أبرز من نقل فقه الشافعي ، له مؤلفات عديدة ومفيدة منها : الجامع الكبير والصغير ومختصر المزني وغير ذلك . انظر : طبقات الشافعية (٢/ ٩٣) .

(٢) في (س) : يجب .

قوله: (فلم تسكن إليه) يعني فلم تصرح بالإجابة إلى النكاح فإنه لا يحرم على غيره خطبتها سواء وجد منها ما يدل على الرضى أو لم يجد، خلافاً لمالك وأبي حنيفة، وأحد القولين للشافعي رحمهم الله في قولهم: إذا وجد منها ما يدل على الرضى حرم وإن لم تصرح بالإجابة.

دليلنا: ما روي أن فاطمة بنت قيس قالت: يا رسول الله إن معاوية وأبا جهم خطباني، وذكر الخبر إلى أن قال: «انكحي أسامة بن زيد» فخطبها [1].

ولأنه لا يوجد منها الإذن ولا ممن يملك الإذن، فلم تحرم خطبتها، كما لو لم يوجد منها ما يدل على الرضى.

مسألة: قال: (وإذا عرض لامرأة وهي في العدة بأن يقول: إني في مثلك لراغب، وإن قضى الله شيء كان، وما أشبهه من الكلام مما يدل على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصرح به) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢١]. تقول: إني أريد النكاح ولوددت أنه يتيسر لي امرأة صالحة، وإن الله سائق إليك خيراً، ونحو ذلك، وقال الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٢١] فمنع من مواعدتهم في العدة.

ولأنه إذا صرح لها بالخطبة لم يؤمن أن يحملها ذلك على أن تخبر بانقضاء العدة قبل محلها لرغبتها فيه، فلهذا لم يجز.

* * *

---

(١) أخرجه مسلم في الطلاق (١٤٨٠).

باب نكاح أهل الشرك وغيره

(مسألة)[1] قال أبوالقاسم رحمه الله : (وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بنّ منه، وكان لكل واحدة منهن نصف ما سمى لها إن كان حلالاً ، أو نصف صداق مثلها إن كان ما سمى لها حراماً) .

إن ما قلناه ينفسخ النكاح بإسلامه ؛ لأن المسلم لا يحل له نكاح وثنية لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة : ٢٢١] فلهذا انفسخ نكاحه في الحال ؛ لأنه لا عدة لها يقف نكاحها عليها، فهو يجري مجرى ارتداد أحد الزوجين قبل الدخول أن الفرقة تتعجل بها ، وإذا حصلت الفرقة وجب لها نصف المسمى إن كان حلالاً ، أو نصف مهر المثل إن كان حراماً ، مثل الخمر والخنزير ، وإنما وجب عليه نصف الصداق ؛ لأن الفراق جاء من جهته وهو الإسلام .

مسألة : قال: (ولو أسلمن النساء قبله قبل الدخول بنّ منه أيضاً ، ولا شيء عليه لواحدة منهن) .

أما فسخ النكاح فلأنها تحصل مسلمة تحت وثني فلهذا انفسخ النكاح في الحال ؛ لأنه لا عدة تقف النكاح، ولا شيء عليه لهن من الصداق ؛ لأن الفرقة وجدت من جهتين، لهذا لم يكن لهن صداق .

مسألة : قال : (وإن كان إسلامه وإسلامهن معاً قبل الدخول فهن زوجات) وذلك لأنه لم يختلف دينهما، فلهذا كانا على نكاحهما .

---

(١) ما بين القوسين ليس في (س) .

مسألة : قال: (فإن كان دخل بهن ثم أسلم ، فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان) خلافاً لإحدى الروايتين عن أحمد : أن النكاح ينفسخ في الحال، فلا يقف على انقضاء العدة ، وهو اختيار أبي بكر الخلال وصاحبه أبي بكر عبدالعزيز ، وخلافاً لمالك في قوله : إن كانت الزوجة هي المسلمة بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء العدة ، وإن كان الزوج هو المسلم انفسخ النكاح في الحال .

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن كان الإسلام بعد الدخول في دار الحرب فهو موقوف على انقضاء العدة ، وإن كان معه في دار الإسلام عرض الإسلام على المتأخرات منهن ، فإن أسلمن فالنكاح على حاله . فعلى هذا لو لم يعرض الإسلام على المتأخرات منهن في دار الإسلام حتى انقضت عدتها لم ينفسخ نكاحه ، فإن كان الإسلام قبل الدخول فهو عنده كما لو كان بعده إن كان في دار الإسلام، فيعرض على المتأخرات منهن الإسلام ، فإن أسلمن وإلا فسخ النكاح .

فالدلالة على مالك : أن النبي ﷺ لما نزل عام الفتح بمرّ الظهران [1] خرج إليه أبوسفيان وأسلم وزوجته هند مشركة مقيمة بمكة، فأقرهما النبي ﷺ على نكاحهما [2] وأسلمت هند [3] . فلو كان نكاحهما قد بطل لأخبره بذلك.

---

(١) مرّ الظهران : موضع على مرحلة من مكة ، ومرّ القرية والظهران هو الوادي ، وبمرّ عيون كثيرة ونخل وهو لأسلم وهذيل . وقال الواقدي : بين مرّ ومكة خمسة أميال . انظر : معجم البلدان (٥/ ١٠٤) .

(٢) روى قصة إسلامه البخاري في المغازي (٤٢٨٠) .

(٣) انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد (٢/ ١٣٥) .

وروى ابن شبرمة(١) أن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ (تسلم(٢) المرأة قبل الزوج ، والرجل قبل المرأة، فأيهما أسلم قبل انقضاء العدة فهي امرأته ، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما (٣) .

ولأنه اختلاف دين بعد الإصابة فلم ينفسخ النكاح قبل العدة ، كما لو أسلمت الزوجة ، وكما لو ارتد أحدهما بعد الدخول .

والدلالة على أحد الروايتين : ما تقدم من قصة أبي سفيان مع هند وأن النبي ﷺ لم يحكم بإبطال نكاحهما .

وكذلك حديث ابن شبرمة وما حكاه عن أصحاب النبي ﷺ .

ولأنه لفظ لو كان قبل الدخول تعجلت به الفرقة ، فإذا كان بعد الدخول تعلقت به الفرقة بعد انقضاء العدة، قياساً على الطلاق .

ولا يلزم عليه الرضاع ؛ لأنه ليس بقول وإنما هو فعل ، أو نقول: لفظ تقع به الفرقة فاختلف باختلاف الدخول وغيره ، دليله : ما ذكرنا .

ووجه الرواية الثانية : ما روي عن ابن عباس : إذا أسلمت اليهودية والنصرانية قبل زوجها فهي أملك لنفسها (٤) . ولم يعتبر العدة .

---

(١) هو عبدالله بن شبرمة القاضي، مات سنة ١٤٤هـ . انظر : كتاب المعرفة والتاريخ (١/ ١٢٨)، وأخبار القضاة لوكيع (١/ ٣٦) .

(٢) ما بين القوسين ليس من (س) .

(٣) لم نجده . وقد أشار إليه ابن عبدالبر في التمهيد (١٢/ ٢٨) . وانظر مصنف عبدالرزاق (١٢٦٥١) .

(٤) أخرج عبدالرزاق في مصنفه (٦/ ٨٣) حديث (١٠٠٨٠) عن عكرمة عن ابن عباس قال في النصرانية تكون تحت النصراني فتسلم المرأة قال : لا يعلو النصراني المسلمة . ففرّق بينهما . وروى نحوه الطحاوي في معاني الآثار (٥٢٦٧) .

ولأنه اختلاف دين فأوجب الفرقة ، دليله : قبل الدخول ، ولا يلزم عليه الردة ، فإن الخلاف فيها كالخلاف في الإسلام .

ولأن ما يوجب الفسخ لا يعتبر فيه انقضاء العدة ، والفرق بينهما قبل الدخول وبعده ، دليله : الرضاع وغيره من الفسوخ ، ولا يلزم عليه الطلاق ؛ لأنه ليس بفسخ .

والدلالة على أبي حنيفة في المسألة : وهو إذا كان الإسلام بعد الدخول ولم يعرض الإسلام على المتأخر حتى انقضت العدة أنه ينفسخ : هو أنه اختلاف دين يمنع من إقرارهما على النكاح على التأييد ، فوجب أن تتعلق به الفرقة عند انقضاء العدة ، كما لو كانا حربيين.

والدلالة عليه في المسألة الثانية : وهو إذا كان الإسلام قبل الدخول أنه ينفسخ، وعنده يقف : هو أن كل سبب لو كان بعد الدخول تعلقت به الفرقة عند انقضاء العدة ، فإذا كان قبل الدخول تعجلت به الفرقة كالطلاق .

ولأنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح ، فإذا أوجد قبل الإصابة تعلقت به الفرقة في الحال، كالردة .

وأما قوله : (حرمت عليه منذ اختلاف الدينان) معناه أنه إذا انقضت العدة قبل أن يسلم الثاني منهما تبينا أن الفرقة حصلت منذ اختلف الدينان، فيفيد ذلك أحكاماً منها : أن العدة من وقت اختلاف الدين .

ومنها : أنه إذا طلقها في زمن العدة ، فإن لمن لم تسلم حتى انقضت العدة لم يلزمه الطلاق ، لأنا قد تبينا أن الفرقة حصلت باختلاف الدين ، وإن أسلمت في العدة وقع عليها الطلاق .

ومنها : إن وطئها ولم تسلم في العدة لزمه صداقها ؛ لأن الوطء صادف

أجنبية ، وإن أسلمت في العدة فلا صداق لها ؛ لأن وطئه صادف زوجته.

مسألة : قال (ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها أمسك أربعاً منهن وفارق ما سواهن ، سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليها أو آخرهن) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يكون مخيراً في أربع منهن، بل ينظر، فإن كان تزوج بهن في عقود متفرقة فنكاح الأربع الأوائل صحيح، ونكاح الأواخر باطل .

دليلنا : ما روي أن غيلان أسلم وعنده عشر نسوة فقال له النبي ﷺ « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن» . وفي خبر آخر : « أمسك أربعاً وفارق سائرهن»[1] . فأمره النبي ﷺ أن يختار أربعاً ويفارق البواقي . وعنده أن التخيير لا يجوز بحال .

ولأن كل امرأة جاز أن يبتدئ العقد عليها بعد إسلامه إذا لم يكن بينهما نكاح جاز لاستدامة نكاحها بعقد مطلق في الشرك . دليله : الأوله ، فنقيس الخامسة على الأوله ، فلا يدخل عليه إذا أسلم وتحته ذات رحم، أو امرأة نكحها وهي في العدة ؛ لأن ابتداء نكاحها لا يجوز فلم تجز استدامته .

ولا يلزم عليه إذا تزوج بشرط خيار الثلاث ثم أسلم ؛ لأنه عقد غير مطلق، ولأن المسلم ممنوع من أن ينكح في حال العدة وبلا شهود ، كما أنه ممنوع من (التزوج)[2] بأكثر من أربع ، ثم المشرك إذا تزوج امرأة في حال العدة بلا شهود ثم أسلم جاز له استدامة النكاح ، وإن كان قد عقد على صفة لا يجوز للمسلم العقد عليها ، كذلك إذا تزوج بخامسة .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (س) : بترويج .

مسألة : قال : (وإذا أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة) لما روى الضحاك عن فيروز الديلمي[(١)] عن أبيه قال : أسلمت وعندي امرأتان أختان فأمرني النبي ﷺ أن أطلق إحداهما[(٢)] ، وفي لفظ آخر قال : قلت : يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان . فقال رسول الله ﷺ « طلق أيهما شئت »[(٣)] .

ولأن عقده على أختين يجري مجرى عقده على خمس نسوة ، ثم ثبت أنه لو أسلم وتحته خمس نسوة كان له أن يختار منهن أربعاً ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (ولو كانتا أماً وبنتاً ، فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول، انفسخ نكاح الأم ، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما) .

أما إذا لم يدخل بالأم فإنه ينفسخ نكاح الأم ولم يملك الخيار فيه ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : يملك اختيار الأم .

دليلنا : أن نكاح الكافر وإن كان لا يصح في شرعنا فإنه إذا انضم إليه الإسلام والاختيار صار بمنزلة العقد الصحيح ، ألا ترى أنه يجوز الإقرار عليه، فإذا تزوج الكافر أماً وبنتاً فإن نكاحهما في حكم النكاح الصحيح ، والبنت لا تحرم عليه بنفس العقد على الأم، فكان له اختيارها بحال ، وأما إذا دخل بالأم انفسخ نكاح البنت أيضاً، وحرمت عليه على التأبيد لدخوله بالأم.

---

(١) فيروز الديلمي هو قاتل الأسود العنسي ، له صحبة ورواية ، توفي سنة ثلاثة وخمسين من الهجرة. انظر : شذرات الذهب (١/ ٥٩) .

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٢٣٢) ، وابن ماجه في النكاح (١٩٥٠) . قال الألباني: حسن لغيره.

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٢٣٢) ، وأبوداود في الطلاق (٢٢٤٣) ، والترمذي في النكاح (١١٢٩)، وابن ماجه في النكاح (١٩٥١) . قال الألباني : حسن .

مسألة : قال : (ولو أسلم العبد وعنده زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا في العدة فهما زوجتاه، وإن كن أكثر من ذلك اختار منهن اثنتين) .

ففي الجملة حكم العبد حكم الحر إذا أسلم وتحته عدد يجوز له إمساكهن وهن اثنتان ، فإن كان قبل الدخول فأسلم وحده انفسخ النكاح في الحال ، وإن كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة على اختلاف الروايتين في الحر. وإن كان العدد أكثر كان له أن يختار منهن اثنتين كما قلنا في باب الحر سواء؛ لأن حكم العبد حكم الحر فيما يعود بفسخ النكاح وبقائه ، ألا ترى أنهما يستويان في الطلاق قبل الدخول وبعده ، والردة قبل الدخول وبعده، والرضاع ، ووطء أم الزوجة ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته، وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها).

أما إذا كان هو المسلم دونها فنكاحه بحاله، سواء دخل بها وانقضت عدتها أو لم يكن دخل بها ؛ لأن المسلم مباح له ابتداء العقد عليها وهي على دينها، ويفارق الوثني إذا أسلم وتحته وثنية لم يدخل بها أو دخل بها ولم تسلم حتى انقضت عدتها أن نكاحها ينفسخ ؛ لأن المسلم لا يباح له ابتداء العقد على وثنية فلهذا انفسخ نكاحه . فأما إن كانت هي المسلمة قبله نظرت ، فإن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، لأنه لا يجوز لها المقام تحت كافر وهي مسلمة وليست في عدة ، وإن كانت مدخولاً بها وقف نكاحها على انقضاء العدة ، فإن لم تسلم انفسخ النكاح ، كما يقف نكاح الوثنية إذا أسلمت بعد الدخول على انقضاء العدة فإن لم يسلم في العدة انفسخ النكاح ولا مهر لها ؛ لأن الفرقة كانت من جهتها فهي كالوثنية إذا أسلمت قبل الدخول لا مهر لها ؛ لأن الفرقة من جهتها .

مسألة : قال : (وما سمى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلمت فليس لها غيره، وإن كان حراماً، ولو لم تقبضه وهو حرام كان لها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك) .

أما إذا قبضته في حال الشرك فليس لها غيره ، لأنه إن كان حلالاً فلا كلام، وإن كان حراماً مثل الخمر والخنزير ونحوه لم يكن لها غيره ؛ لأنها قبضته في حال يعتقد أنه مال ورضيت به فلهذا لم يكن لها غيره ، وأما إذا أسلمت قبل القبض ، فإن كان ذلك حلالاً فلها المسمى ، إن[1] كان بعد الدخول، أو نصفه إن كان قبله؛ لأن أنكحة الكفار صحيحة عندنا، فنوجب أن يثبت فيه المسمى .

وإن كان الصداق حراماً فلها (مهر) [2] المثل أو نصفه إن كان قبل الدخول؛ لأن الحرام ليس بمال في حق المسلمين ففسد المسمى ، ويرجع إلى مهر المثل لفساده، كما لو كان المسمى مجهولاً ، فإنها ترجع إلى مهر المثل لفساده، كذلك هاهنا .

مسألة : وأما قوله : (حيث أوجب ذلك) يعني أن إسلامها إذا كان قبل قبضه فالمهر فاسد، ولها المهر أو نصفه حيث يوجبه الدخول وعدم الدخول؛ لأن بالدخول يوجب كماله ، وبعدمه يوجب نصفه .

مسألة : قال : (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح، ولا مهر لها) .

أما إذا كانت ردتها قبل الدخول انفسخ في الحال ؛ لاختلاف الدين ، وعدم العدة لا يقف النكاح عليها ، و لا مهر لها ؛ لأن الفسخ كان من جهتها.

---

(١) في (س) : وإن .

(٢) في (س) : مثلها .

فإن كان الزوج هو المرتد قبل الدخول انفسخ أيضاً في الحال؛ لاختلاف الدين ، وعدم العدة ، وعليه نصف المهر ؛ لأن الفسخ جاء من جهته بالردة .

مسألة : قال: (ولو كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها ، وإن لم تسلم في عدتها وانفسخ النكاح ، ولو كان هو المرتد بعد الدخول فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان) خلافاً لأبي حنيفة ومالك ، وإحدى الروايتين عن أحمد: ينفسخ النكاح في الحال بالردة .

دليلنا : أنه اختلاف دين بعد الإصابة، فلم تقع الفرقة قبل انقضاء العدة، كما لو أسلم أحد الحربيين بعد الدخول .

والعلة على أحد الروايتين : أنه لفظ تقع به الفرقة قبل الدخول، فإذا كان بعده وقف على انقضاء العدة كالطلاق .

ووجه الرواية الثانية : أنه انتقال من دين حق إلى دين باطل ، فوجب أن ينفسخ النكاح بينه وبين زوجته ، دليله : لو كانت الردة قبل الدخول .

وقوله: (فإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة) لأن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، وهو ممنوع من ذلك بسبب من جهتها تأثم فيه، فلم يكن لها نفقة كما لو نشزت .

وقوله : (وإن كان هو المرتد فلم يعد حتى انقضت العدة انفسخ (النكاح)[1] منذ اختلف الدينان) لأنها حصلت بانقضاء العدة (محرمة عليه)[2] والفائدة في ذلك ما ذكرناه فيه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين وانقضت العدة أن الفرقة تحصل باختلاف الدين .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٢) ما بين القوسين زيادة من المحقق لم تذكر بـ(س) .

باب نكاح الشغـــار [1]

مسألة : قال : (وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليّته لم ينعقد النكاح وإن سموا مع ذلك صداقاً) .

هذه مسألة نكاح الشغار ، وفيه ثلاث مسائل :

أحدهما : إذا قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى ، فهذا نكاح باطل، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يصح النكاح .

دليلنا : ما روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ « نهى عن نكاح الشغار »[2] والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

وفي لفظ آخر : « نهى عن نكاح الشغار » ، و الشغار أن يزوج الرجل ابنته وليس بينهما صداق[3] .

وفي لفظ آخر : « نهى عن نكاح الشغار» ، والشغار أن يقول الرجل للرجل: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، ويكون بضع كل واحدة منهما مهراً للأخرى »[4] .

---

(١) العنوان ليس من (س) بل من المحقق .

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٤٨٢٢) ، ومسلم في النكاح (١٤١٥) .

(٣) انظر ما قبله .

(٤) أخرجه مسلم في النكاح (١٤١٦) عن أبي هريرة بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن الشغار » زاد ابن عمر: الشغار أن يقول الرجل للرجل: زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي ، أو زوجني أختك وأزوجك أختي . وروى نحوه البيهقي في الكبرى (٧/ ٢٠٠) .

وأيضاً فإن العقد قد جمع فساداً من وجهين :

أحدهما : فساد في المهر ، وذلك لا يوجب فساد النكاح .

والثاني : تشريك بين الزوج وغيره في البضع ؛ لأن الرجل إذا قال: زوجتك بنتي، فقد ملكه بضعها ، فإذا قال : على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى . فقد تملك به البضع ؛ لأنه حصل صداقها يقتضي تمليكها ممن جعل له ، فحصل في البضع اشتراك ، وعقد النكاح على وجه قصد التشريك بين الزوج وغيره في البضع لم يصح ، كما لو زوج ابنته من رجلين ، أو قال لرجل: زوجتك بنتي على أن يكون فلاناً شريكاً في بضعها، فإنه لا يصح بلا خلاف .

المسألة الثانية : إذا قال : زوجني بنتك على أن أزوجك بنتي ، ولم يقل: ويضع كل واحدة منهما مهر للأخرى ، ولم يسم صداقاً ؛ فهذا باطل ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يصح هاهنا .

دليلنا : أنه جعل البضع مهراً في نكاح، فلم يصح ، دليله : إذا قال: ويضع كل واحدة منهما مهر للأخرى . وذلك أنه إذا قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك . فقد جعل بضع المرأة التي يتزوج بها مهراً لبنته ، لأن قوله: على أن تزوجني . بمثابة قوله : زوجتك بنتي . فيكون البضع مهراً ، وقد شرط لنفسه، فيجب أن لا يصح العقد .

المسألة الثالثة : إذا قال : على أن تزوجني بنتك ، وذكر مع ذلك صداقاً فهنا على روايتين : أحدهما أن النكاح صحيح ؛ لما تقدم من حديث ابن عمر كما وصف الشغار قال : والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق .

ولأنه إذا ذكر الصداق فالظاهر أن قوله : على أن تزوجني . ليس بتشريك في البضع ، وإنما هو شرط فيبطل الشرط في نفسه ولم يبطل العقد ؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة .

ونقل الخرقي أن النكاح أيضاً باطل ، لأن التشريك حاصل ، وذلك أنه قد جعل البضع مهراً في النكاح ، فلم يصح العقد ، كما لو قال : وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى ؛ لأنه جعل المال وبضع المرأة التي يتزوج بها مهراً لبنته، فيجب أن لا يصح .

* * *

باب نكاح المتعة[1]

مسألة : قال : (ولا يجوز نكاح المتعة) خلافاً لمن لا يعتد بقولهم أنه يجوز[2] .

دليلنا : ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمر الأهلية»[3] .

وفي بعض الأخبار : « نادى رسول الله ﷺ : ألا إن المتعة حرام »[4] .

وروى الربيع بن سبرة عن أبيه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المتعة عام الفتح »[5] .

ولأن النكاح عقد معاوضة مؤبد ، فلم يصح مؤقتاً كالبيع .

ولأن الأحكام المختصة بالنكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث وغير ذلك لا يتعلق بهذا النكاح ، فلو كان صحيحاً لتعلق به ذلك .

مسألة : قال : (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح، وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: «والنكاح صحيح والشرط باطل» .

---

(١) العنوان ليس من (س) ، بل من وضع المحقق .

(٢) ذهب إلى الجواز بذلك الشيعة ؛ لأنه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها . انظر : المغني لابن قدامة (٦/ ٦٤٤) .

(٣) رواه البخاري في المغازي (٣٩٧٩)، ومسلم في النكاح (١٤٠٧) .

(٤) رواه مسلم بنحوه في النكاح (١٤٠٦) عن الربيع بن سبرة .

(٥) رواه مسلم في النكاح (١٤٠٦-٢٢) فما بعده بمعناه .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ : « أنه لعن المحل والمحلل له »[١] . وروي عنه ﷺ أنه قال : « ألا أخبركم بالتيس المستعار » قالوا : بلى يا رسول الله . قال: « هو المحلل والمحلل له »[٢] .

فثبت تحريم ذلك وإبطاله .

ولأنه نكاح إلى مدة ، فأشبه نكاح المتعة ، يبين صحة هذا أن نكاح المتعة أحسن حالاً من نكاح المحلل من وجهين :

أحدهما : أن نكاح المتعة إلى مدة معلومة ، وهذا نكاح إلى مدة مجهولة.

والثاني : أن القصد من النكاح الاستمتاع ، والاستمتاع يحصل في نكاح المتعة ولا يحصل في نكاح المحلل ؛ لأنه إنما يقصد به الإباحة للزوج الأول، وقد ثبت أن نكاح المتعة باطل مع كونه أحسن حالاً من هذا ، فبأن يبطل هذا النكاح أولى .

مسألة : قال : (وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره ، أو عقد آخر نكاحاً لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يصح نكاح المحرم .

دليلنا : ما روى عثمان بن عفان رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ينكح المحرم ولا يُنكح »[٣] .

ولأنه سبب تصير به المرأة فراشاً للزوج ، فوجب أن يحرم بالإحرام ،

---

(١) رواه أبوداود في النكاح (٢٠٧٦) ، والترمذي في النكاح (١١١٩) ، وابن ماجه في النكاح (١٩٣٥) عن علي . قال الألباني : صحيح .

(٢) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١٩٣٦) بنحوه . قال الألباني : حسن .

(٣) أخرجه مسلم في النكاح (١٤٠٩) .

دليله: الوطء .

ولأنه عقد على من يحتمل الوطء ، فإذا لم يتعقبه استباحة الاستمتاع وجب أن يكون فاسداً ، دليله : نكاح المعتدة والمرتدة ، وهذا العقد لا يتعقبه استمتاع، فوجب أن يكون باطلاً .

مسألة : قال : (وأي الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو جذاماً أو برصاً ، أو كانت المرأة رتقاء ، أو قرناء ، أو عفلاء ، أو فتقاء ، أو الرجل مجبوباً ، أو عنيناً فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح ، فإن فسخ قبل المسيس فلا مهر ، وإن كان بعده وادعى أنه ما علم ، وحلف، كان له أن يفسخ، وعليه المهر يرجع به على من غرّه ، ولا سكنى لها ولا نفقة ، لأن السكنى والنفقة لمن يجب لزوجها عليها الرجعة) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : «لا يثبت الخيار في النكاح لأجل العيب إلا في الجب والعنة » ، فإنه يثبت الخيار عنده لا لأنه عيب لكن لأجل نقصان المهر ، لأنه لا يتمكن من وطئها فلا يستقر المهر بكماله .

وخلافاً للشافعي رحمه الله في الفتق في قوله : لا يجب الفسخ .

والدلالة على أبي حنيفة : ما روى كعب عن أبيه قال : تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار[1] ، فلما خلا بها رأى بكشحها[2] بياضاً . فقال لها : «ضمي ثيابك والحقي بأهلك»[3] .

---

(١) هي أسماء بنت النعمان .

(٢) الكشح بفتح الكاف : هو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف . انظر : القاموس المحيط (١/ ١٥٤) . فصل الكاف وباب الحاء .

(٣) رواه أحمد (٣/ ٤٢٩) . قال الأرناؤوط : إسناده ضعيف .

وفي بعضها: فردّ نكاحها وقال: «دلستم عليّ»[1] فنقل في الخبر حكم وهو رد النكاح وفسخه، وسببه وهو وجود البياض بها، فاقتضى الظاهر تعلق الحكم بالسبب.

ولأنه إجماع الصحابة عليهم السلام، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص أو قرن فلم يعلم حتى أصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها وذلك لزوجها غرم على وليها[2].

ولفي لفظ آخر: عن عمر[3] وعلي[4] وزيد[5] رضي الله عنهم قالوا: ترد المرأة من أربع الجنون والجذام والبرص والقرن.

ولأنه عيب يمنع معظم المقصود من الاستمتاع، فثبت به الفسخ، دليله: الجب والعنة، فإن أبا حنيفة قد قال: تملك المرأة الفسخ، ولا يلزم الصغر؛ لأن الصغر ليس بعيب.

ولأنه عقد على منفعة، فثبت فيه الخيار بوجود العيب على المنفعة، كالإجارة.

والدلالة على الشافعي رحمه الله في الفتق: هو أن كل عقد ثبت الخيار فيه إذا وجد به القرن والفتق ثبت فيه إذا وجد فيه الفتق، كالبيع.

---

(١) رواه البيهقي (٧/ ٢١٣). وفي إسناده جميل بن زيد: ضعيف.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٦٧)، وابن أبي شية (١٦٥٥٠)، وعبدالرزاق (١٠٦٧٩).

(٣) أثر عمر: سبق تخريجه.

(٤) أثر علي: رواه سعيد بن منصور (٨٢١)، وعبدالرزاق (١٠٦٧٧)، والبيهقي (٧/ ٢١٥) بمعناه.

(٥) أثر زيد: لم نجده. والذي وجدناه عن جابر بن زيد: رواه سعيد بن منصور (٨٢٨)، وابن أبي شية (١٦٥٥٢) بمعناه.

ولأنه يمنع معظم المقصود ، فأشبه القرن والرتق ، وذلك أن الفتق يرفع الحاجز بين مسلك البول ومسلك الذكر فلا يأمن حصول الوطء في مسلك البول وهذا مما تتوقاه وتعافه نفسه .

وأما القرن: فهو شيء ثابت في الفرج مثل العظم يمنع من إيصال الذكر في الفرج .

والرتق : هو انسداد الفرج بحيث يمنع الوطء .

والعفل : فقد فسره الخرقي في بعض المواضع فقال : هو شيء في الفرج من اللحم شبهه بما يكون في فم الجمل يمنع الوطء، فحكمه حكم القرن؛ لأنهما يتقاربان في المعنى .

والجب : فهو قطع الذكر .

والعنة : فهو ضعف في الذكر يمنع من قيامه وإيلاجه في الفرج .

والجنون والجذام والبرص فمعلوم .

فإن علم بهذه العيوب قبل المسيس وفسخ فلا مهر ؛ لأنها إنما تستحق نصف الصداق قبل الدخول بالطلاق ، و أما بالفسخ إذا كان من جهتها فلا، ألا ترى أنها لو أسلمت الوثنية قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن سبب الفرقة من جهتها، وهاهنا سبب الفرقة من جهتها ، وهو العيب الموجود بها، فلم يكن لها نصف المهر .

وأما إذا كان بعد الدخول ، فإن كان مع العلم بعيبها فلا يملك فسخ النكاح؛ لأن وطئه مع العلم رضا منه بالعيب ، فهو كما لو اشترى أمة فظهر على عيب ثم وطئها سقط حقه في الرد ، كذلك هاهنا .

وإن كان وطئها ولم يعلم بعيبها فإنه يستحلف على أنه لم يعلم بعيبها ؛ لأنه

متهم في دعواه أنه ما علم ، واليمين هاهنا تقتضي إسقاط ضمان المال عنه ، فإذا حلف وجب عليه الصداق لها ، لأنه أتلف منفعة بضعها بوطئها ، ولكن يرجع به على من غرّه ، ولا سكن لها ولا نفقة في مدة العدة ؛ لأن السكنى والنفقة تجب للرجعية ، فأما البائن فلا يجب لها ذلك ، وبهذه العلة هي فيها بائنة من الزوج ، ألا ترى أنه لا يملك رجعتها إلا بعقد مستأنف ، وهذا أصل يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

مسألة : قال : (وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح) وذلك لما روى أن بريرة أعتقت وكان زوجها عبداً فخيرها رسول الله ﷺ[1] .

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ لبريرة : « إن شئت أن تمكثي تحت هذا العبد ، وإن شئت تفارقيه »[2] .

وروى ابن عباس قال : كان زوج بريرة عبداً أسود يقال له مغيث عبداً لبني فلان كأني أنظر إليه يطوف وراءها في سكك المدينة[3] .

وفي لفظ آخر : كان يقال له مغيث كأني أراه يطوف خلفها ويبكي دموعه على لحيته فقال النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها : « ألا تعجبي من حب مغيث بريرة ، ومن بغض بريرة مغيثاً » فقال النبي ﷺ : « لو راجعتيه » فقالت: يا رسول الله أتأمرني ؟ قال : « إنما أنا شفيع » قالت : فلا حاجة لي فيه[4] .

ولأنها إذا كانت تحته فأعتقت ، فلو قلنا : لا تملك الخيار لكان عليها في

---

(١) رواه البخاري في العتق (٢٣٩٩) .

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ١٨٠) ، والدارقطني بهذا اللفظ عن عائشة رضي الله عنها (٣/ ٣٨٨، ٣٨٩) . قال الأرناؤوط : إسناد حسن .

(٣) أخرجه البخاري في الطلاق (٤٩٧٨) .

(٤) أخرجه البخاري في الطلاق (٤٩٧٩) .

ذلك ضرر بكونها تحته ، ألا ترى أنه ينفق عليها نفقة المعسرين ، ولا ينفق على أولاده ، وليس ثبوت الخيار لها بالفسخ يرجع إلى فقد الكفاءة ، ألا ترى أنه يسقط خيارها بإصابته لها ، ولو كان لمعنى الكفاءة لم يسقط بذلك، وإنما يثبت لها لما عليها من الضرر بكونها تحته من الوجه الذي ذكرنا .

ويفارق هذا إذا كانت حرة فتزوجت بعبد أنه لا خيار لها ؛ لأنها رضيت به بما يلحقها من الضرر في ابتداء العقد، فلم تملك الخيار .

مسألة : قال : (وإن أعتق قبل أن يختار، أو وطئها بطل الخيار، علمت أن الخيار لها أو لم تعلم) خلافاً لأبي حنيفة ، وأحد القولين للشافعي رحمه الله : يثبت لها الخيار .

دليلنا : ما روى الحسن عن عمرو بن أمية أن النبي ﷺ قال : « إذا أعتقت فأمرها بيدها ، فإن هي أمرته حتى يطأها فلا فراق»[1] وهذا نص .

وروى هشام بن عروة عن أبيه أن النبي ﷺ قال لها : « إن قربك فلا خيار لك»[2] .

وروى أحمد في المسند قال : حدثنا عبدالله بن لهيعة بن عبدالله بن أبي جعفر ، عن الفضل بن عمرو بن أمية ، عن أبيه قال : سمعت رجالاً يتحدثون عن النبي ﷺ قال : «إذا أُعتقت الأمة فهي بالخيار ما لم يطأها ، إن شاءت فارقته ، وإن وطئها فلا خيار لها ولا تستطيع فراقه »[3] .

---

(١) رواه أحمد (٤/ ٦٥) بنحوه . قال الأرناؤوط : حسن .

(٢) أخرجه أبوداود في الطلاق (٢٢٣٦) . قال الألباني : ضعيف .

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٤/ ٦٦) (٥/ ٣٧٨). قال في مجمع الزوائد: فيه الفضل بن عمرو بن أمية مستور ، وابن لهيعة حديثه حسن وبقية رجاله ثقات (٤/ ٣٤٦) .

وتحجب على مقدار ذلك ، فيجب أن تؤثر في مسألتنا .

مسألة : قال : (فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد، وإن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر ، وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد) .

أما إذا اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد ؛ لأن المهر وجب بالعقد ، وإنما يستحق بالدخول ، وحال العقد عليها كانت أمة، وكان مهرها لسيدها ؛ فلهذا كان المهر له اعتباراً بمحال وجوبه .

وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر ؛ لأن الفسخ جاء من جهتها ولم يوجد من جهته دخول ، كما لو ارتدت قبل الدخول فلا مهر لها ؛ لأن الفسخ من جهتها .

وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد لما ذكرنا، وهو أنه وجب بالعقد وفي تلك الحال كانت أمة له، وهو مالك لمهرها .

* * *

باب أجل العنين والخصي غير المجبوب

العنين : هو الذي لا يطيق الجماع ، واختلف في تسميته بهذا الاسم ، فقيل: سمي بذلك لأجل الذكر يعترض في الفرج فلا يلج فيه ، فسمي بذلك الاعتراض ، يقال : عنَّ الرجل إذا تعذر عليه الجماع ، والمصدر منه عنين . ومنهم من قال : سمي بذلك لأن الذكر يقصد الفرج عن يمينه وشماله ولا يلج فيه ، ومنه سمي عنان الدابة عناناً؛ لأنه يعترض جانبي الفم ولا يدخل فيه . ويقال : عنّ يعنّ عناً ، فالعن المصدر، والعنين الاسم .

وأما الخصيّ : فهو الذي قد قطع خصيتاه ، وبقي ذكره .

والمجبوب : هو المقطوع الذكر والخصيتان باقيتان، فهذا معنى قوله : «والخصي غير المجبوب» .

مسألة : قال : (وإذا ادّعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أمهل سنة منذ ترافعه ، فإن لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه ، فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق) خلافاً للحكم[1] وداود في قولهما : لا أثر للعنة في فسخ النكاح .

دليلنا : إجماع الصحابة ، روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : يؤجل العنين سنة ، فإن دخل وإلا فرق بينهما[2] . وعن علي[3] رضي الله عنه : يؤجل سنة فإن

---

(١) هو الحكم بن عتبة تلميذ إبراهيم النخعي .

(٢) رواه البيهقي في سننه (٧/ ٢٢٦) ، وابن أبي شيبة في النكاح (١٦٧٥٢).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (١٦٧٤٩) .

وصل وإلا فرق بينهما . وعن ابن مسعود[١] والمغيرة[٢] : يؤجل سنة، فإن جامع وإلا فرق بينهما . ولا يعلم لهم مخالف .

ولأن العنة عيب يمنع معظم المقصود من النكاح ، فثبت لأجله الخيار كالجب ، وإنما أُجل منه سنة لما ذكرنا من أقوال الصحابة .

ولأن بالسنة يختلف الزمان والهواء والحر والبرد ، فإن كان به علر يمنع أحد هذه الأشياء زال بزوالها ، فإذا لم يزل ما به في هذه المدة علم أنه عيب لا يزول، فتملك الخيار لما عليها فيه من الضرر، وهو تعذر معظم المقصود من النكاح، فإن اختارت فراقه وفرق بينهما كان ذلك فسخاً بلا طلاق ، خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهما : يكون تطليقة بائنة .

دليلنا : أنه رفع عقد لأجل العيب فكان فسخاً ، كالأمة إذا أعتقت تحت عبد واختارت فراقه فإنه فسخ .

ولأن سبب الفرقة من جهتها فلم يكن طلاقاً ، كما لو ارتدت أو أسلمت قبله .

مسألة : قال : (فإن قال : قد عَلِمَتْ أني عنين قبل أنكحها ، فإن أقرت أو ثبتت البينة فلا يؤجل وهي امرأته) خلافاً لأكثرهم في قولهم : لها الخيار بعد العقد[٣] .

دليلنا : أنها دخلت على علم بعيبه ، فهو كما لو عقد عليها مع علمه أنها فتقاء أو رتقاء أو قرناء، فإنه لا خيار له بعد ذلك كله ، وكما لو عقد عليها مع

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٦٧٥٠)، والطبراني في الكبير (٩٧٠٤) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة (١٦٧٥١)، والدارقطني (٣/ ٣٠٦) (٢٢٥) .

(٣) منهم أبوحنيفة والشافعي في الجديد. انظر: المبسوط (٥/ ١٠٤) ، والمغني (٦/ ٦٧١) .

علمها بأنه أبرص أو مجذوم فإنه لا خيار لها بعد العقد ، فكذلك هاهنا . وكل عيب إذا وجد بعد العقد ملكت فيه الخيار ، فإذا وجد قبل العقد ورضيت به لم تملك الخيار كسائر العيوب من الجذام والبرص ونحوه .

فإن قيل: تلك العيوب يتحقق وجودها وليس كذلك في العنة ؛ لأنه لا يتحقق وجودها قبل العقد ؛ لأنه قد يعنّ من امرأة ولا يعن من أخرى، فهي راضية بما ليس بعيب قبل العيب ، وإن لم يتحقق فقد رضيت به إذا وجد، فهو كالبراءة من العيوب الباطنة بالحيوان، فإنهم قالوا: يصح ، وإن لم يتحقق كونها، لكن إن ظهرت لم يثبت الخيار لحصول الرضى بها ، فإن قيل فالبراءة من العيوب قبل العقد لا تصح ، ألا ترى أنه لو ابتاع ثوباً بشرط البراءة لم تصح البراءة، كذلك هاهنا .

قيل : إنما لم يصح ذلك في إحدى الروايتين ؛ لأن المحل مجهول ، ألا ترى أنه لو أوقعه عليه صحت البراءة منه ، وليس كذلك هاهنا، لأن المعنى الذي وقعت البراءة منه معلوم ؛ لأنه ليس مما يدرك بالمشاهدة ، ولا تجوز مشاهدته ، وإنما ثبت من طريق القول، وسائر العيوب مجهولة تفتقر إلى مشاهدة ؛ لأنها يختلف مقدارها ، والعنة لا تختلف .

مسألة : قال : (وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك، ويؤجل سنة منذ ترافعه) .

المسألة محمولة على أنه ليس بدخول تام ؛ لأنه متى دخل بها فاعترضت العنة فعلمت عند ذلك أنه عنين فإذا علمت أنه على هذه الصفة فأمسكت عن المطالبة ثم طالبت بعد في وقت آخر كان لها ذلك، ولا يكون الخيار على الفور؛ لأنها قد تؤخر المطالبة لتختبره في دفعة ثانية وثالثة ، ولجواز أن يكون

اعترضه مانع منعه من الوصول، فلهذا كان لها المطالبة في الثاني .

ويؤجل سنة منذ ترافعه ، لأنا قد حكمنا أن خيارها باق ، ويكون الأجل من وقت الترافع لا من وقت الإقرار بالعنة ، وذلك لأن الأجل يختلف فيه ، فمن الناس من يثبته ، ومنهم من ينفيه ، فافتقر ذلك إلى حكم الحاكم ؛ لأنه موضع اختلاف واجتهاد، كما أن نفس الفرقة لما كانت مختلفاً فيها افتقرت إلى حكم حاكم .

ويفارق هذا المولي أن مدته من حين اليمين لا من حين حكم الحاكم ؛ لأن مدة الإيلاء ثبتت بالنص والإجماع .

مسألة : قال : (فإن قالت في وقت من الأوقات: رضيت به عنيناً . لم تكن لها المطالبة بعد) .

ظاهر كلامه أنه يسقط خيارها سواء اختارته بعد انقضاء المدة أو قبلها، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : إنما يسقط خيارها إذا رضيت بعد انقضاء المدة .

دليلنا : أنها رضيت بالمقام معه بعد علمها بعيبه فسقط حقها، دليله : بعد انقضاء المدة .

مسألة : قال : (وإن اعترفت به أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عنيناً) وذلك لأن العنة خلقة وجبلة وليست بطارئة ، فإذا اعترفت بالوصول مرة لم يكن عنيناً ، وعلم أن ما يعترضه من ما يمنع الوصول إنما هو عارض يزول في وقت ويعود في وقت، فلهذا لم يكن لها الخيار .

ولأن الحق الذي يتعلق بالوطء قد ثبت لها بالدخول الأول، وهو كمال الصداق وغيره، فلا معنى للفسخ .

مسألة : قال : (وإن زعم أنه وصل إليها وقالت : إنها عذراء . أُريت النساء الثقات ، فإن شهدن بما قالت : أُجل سنة) وذلك لأن هذا معنى يمكن إقامة البينة عليه وهو بقاء البكارة، فلهذا رجع إلى قولهن .

مسألة : قال : (فإن جب قبل الدخول كان لها الخيار من وقتها) وذلك أنا لا ننتظر به تمام الحول لنرجو منه الدخول ، وبالجب قد أيس منه الدخول، فلا معنى للتربص به ، فلهذا ملكت الفسخ في الحال .

ولأن المعنى الذي ثبت لها الخيار بالعنة : وهو أن الحق الذي يتعلق بالوطء من مهر وغيره لم يحصل لها، وهذا المعنى موجود في الجب ، فيجب أن يثبت لها الفسخ .

ويلزم على قول الخرقي أن سائر العيوب إذا طرأت بعد العقد كالجنون والجذام والبرص ونحوه أن يملك كل واحد منهما الفسخ .

وأبوبكر عبدالعزيز يقول : إن طريان العيوب بعد العقد لا يوجب الفسخ وإنما يكون ذلك إذا كان قبل العقد ، ويجوز أن يفرق بين الجب الحادث وبين سائر العيوب .

مسألة : قال : (فإن كانت ثيباً وادّعى أنه وصل إليها أخلي معها وقيل له: أخرج ماء المني على شيء ، فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار ، فإن ذاب فهو مني وبطل قولها) وقد روي عن أبي عبدالله رواية أخرى : أن القول قوله مع يمينه .

وجه الأولة : أنا نستدل بذلك على صدق الزوج وكذبه ، لأن العنين يضعف عن الإنزال ، فإذا أنزل منياً فإنه صادق في دعواه ، فهو كما لو شهد القوابل أنها عذراء حكمنا بصحة قولها ، فإن أنكرت أن يكون منياً جعل على النار ، فإن

ذاب فهو مني ، وإن لم يكن منياً وإنما كان بيض البيض فإنه يجتمع على النار، فإذا ذاب علم في الظاهر أنه مني .

ووجه الثانية : هو أن الأصل السلامة والصحة ، والمرأة تذكر ضد ذلك، فلم يقبل قولها إلا ببينة ، ولا طريق إلى إقامة البينة، فكان القول قوله .

وإذا قلنا القول قوله فقال الخرقي : يكون مع يمينه .

ووجه: أنهما لو اختلفا في الطلاق استحلف الزوج ، وكذلك لو اختلفا في قبض المهر استحلفت أنها لم تقبض ذلك، كذلك هاهنا .

وقياس المذهب أن القول قوله بغير يمين ؛ لأن بدل الوطء لا يصح ، وما لا يصح بدله لا يستحلف فيه ، بدليل أن الاختلاف كان في أصل العقد فلم يستحلف فيه لهذه العلة ، كذلك هاهنا .

ويفارق الطلاق والمهر ؛ لأن بدل ذلك يصح، فلهذا استحلف فيه .

مسألة : قال : (وإذا قال الخنثى المشكل : أنا رجل، لم يمنع من نكاح النساء، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك ، وكذلك إن سبق فقال : أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً) .

ظاهر كلامه أنه يرجع إلى قوله فيما يخبر عن نفسه وطبعه، ويجوز له النكاح.

وقال أبوبكر بن جعفر من أصحابنا : لا يجوز للخنثى المشكل التزويج، وحكي ذلك عن أحمد رضي الله عنه قال : إن من هذه صفته فإنه لا يقطع على كونه رجلاً ولا امرأة ، وإنما يحكم على طريق الظاهر وغلبة الظن ، والفروج لا تباح بغلبة الظن وما فيه شك، فلم يصح .

ووجه ما نقله الخرقي : أن من هذه صفته ، فإن الأمر فيه مشكوك وهو

أعرف بطبعه من غيره، فيجب أن يرجع إليه في ذلك ، كما أن العدة لما لم يتوصل إلى معرفتها من غير المرأة قبل قولها في انقضائها ؛ لأنها أعرف بنفسها من غيرها ، كذلك هاهنا .

ولسنا نرجع في ذلك إلى شهوته وإيثاره ، لأنه قد يكون من الرجال من يتخنث ويشتهي الرجال ، وقد يكون من النساء من تترجل وتشتهي النساء، فلا يرجع إلى شهوته واختياره ، ولكن يرجع إلى ما يميل طبعه إليه ، فإن الطبع يغلب الشهوة، و ينبئ عما ثبتت عليه خلقته وجبلته ، فإذا أخبر عن طبعه أنه رجل ثم عاد وقال : لست برجل ولكن أنا امرأة ، أو قال : أنا امرأة ، وتزوج رجلاً ثم عاد فقال : أنا رجل، لم يقبل قوله .

ويجري الحكم في النكاح على القول الأول؛ لأنه إن قال : أنا امرأة . وتزوج رجلاً ثم عاد فقال : أنا رجل، فهو متهم ؛ لأنه قد يدفع بهذا القول فراش الزوج فلا يقبل منه .

وإن قال : أنا رجل. وتزوج امرأة ثم عاد وقال : أنا امرأة . لم يقبل منه ؛ لأنه متهم أيضاً في أنه يقصد النكاح ليسقط عنه مهر المرأة ، ولأنه ربما قصد أن يجمع بين الرجال والنساء فلا يقبل منه .

مسألة : قال : (وإذا أصاب الرجل، أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح ، وليس واحد منهما بزايل العقل رجما إذا زنيا) .

هذه المسألة في شروط الحصانة التي يجب بها الرجم في الزنا وهي أربعة: الحرية ، والبلوغ ، والعقل ، والإصابة (في)[1] نكاح صحيح ، فمتى عدم

---

(١) في (س) : فمن .

شرط منها لم يجب الرجم ، خلافاً لبعض الشافعية (في قولهم)[١] شروط الإحصان شرط واحد : وطء في نكاح صحيح، فأما البلوغ والحرية والعقل (فهي)[٢] شرط في وقف وجوب الرجم .

وفائدة الخلاف : أنه إذا وطئ في نكاح صحيح وهو صغير ثم بلغ ، أو عبد ثم أعتق ، أو مجنون ثم أفاق ثم زنى بعد ذلك فعندهم يرجم، وعندنا لا يرجم حتى يجتمع فيه الأربع شرائط في وقت الوطء ، وهذا هو ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه قال : وإذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح، فاعتبر بعدم هذه (الشروط وقت الوطء) [٣] .

والدلالة على أن الحرية والإصابة في نكاح صحيح شرط في الإحصان: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل النفس بغير النفس » [٤] .

فأوجب القتل بشرطين : زنا من محصن ، ولم يعرفنا المحصن ، ووجدنا أن الإحصان في اللغة : عبارة عن الحظر والمنع ، يقال : بلد حصين إذا كان عليه سور وفيه منعة ، ويقال للفرس : حصان، أي ممتنع .

وفي الشرع : الإحصان ينقسم إلى أربعة أقسام : يقع على الحرية ، والزوجية ، وعلى العفة ، وعلى الإسلام .

---

(١) في (س) : قوله .

(٢) في (س) : فهو .

(٣) في (س) : على الوط .

(٤) أخرجه أبوداود بنحوه في الديات (٤٥٠٢)، والترمذي في الفتن (٢١٥٨) عن عثمان . قال الألباني : صحيح .
أما لفظ : « الثيب الزاني » فهو في الصحيحين .

أما الزوجية فقال تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ إلى أن قال : ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء : ٢٣-٢٤] يعني محصناتكم من النساء من الزوجات .

ويقع على الحرائر ، قال تعالى : ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [المائدة : ٢٥] يعني الحرائر من أهل الكتاب .

ويقع على العفة أيضاً ، قال تعالى : ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [النور : ٢٣] يعني العفائف .

وعلى الإسلام ، قال تعالى : ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ ﴾ يعني إذا أسلمن ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ ﴾ [النساء : ٢٥] .

فإذا كان الإحصان في الشرع يقع على هذه الأشياء الأربع فليس المراد بالإحصان هذه الأشياء ، أما العفة فلا تبقى مع الزنا، فيزول عنه هذا الاسم ، ولم يرد به الإسلام؛ لأن النبي ﷺ رجم يهوديين زنيا [1] . فثبت أن المراد به الزوجية والحرية، وأنهما معاً شرطا فيه ، وإطلاق الزوجية يفيد الوطء، فكان الوطء شرطاً فيه ، بدليل ما روي عن النبي ﷺ قال : « الثيب بالثيب جلد مائة والرجم »[2] وأقل أحوال الثيب الدخول بها، فثبت أن الإحصان وطء حر في نكاح صحيح .

وأما البلوغ والعقل فالدلالة على أنهما شرط : هو أن الرجم أكمل الحدود،

---

(١) أخرجه البخاري في المحاربين (٦٤٣٣)، ومسلم في الحدود (١٦٩٩) .

(٢) أخرجه مسلم بهذا اللفظ في الحدود (١٦٩٠) .

فينبغي أن يكون المحدود على أكمل صفة يكون ، ألا ترى أن من يكون ناقصاً لا يجب عليه هذا الحد وهو العبد .

ومن يكون أشرف من كل أحد في الكمال يضاعف عليه الحد، قال الله تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب : ٣٠] وإنما كان ذلك لشرفهن وكمالهن، فأضعف لهن العذاب ، فدل على أن هذه الشرائط لابد من وجودها في وجوب الحد واستيفائه .

مسألة : قال : (والكافر والمسلم الحران فيما وصفت سواء) يعني بذلك أن الإسلام ليس بشرط في الحصانة .

ولأن الكافر إذا اجتمعت فيه هذه الشروط وجب عليه الرجم ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : ليس بمحصن ، ولا يجب عليه الرجم .

دليلنا : ما روي عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رجم يهوديين زنيا[1] .

وهذا يدل على وجوب الرجم على الكافر ، ويدل على ثبوت الإحصان له ؛ لأن الرجم لا يجب إلا على محصن .

ولأنه كل من لزمه بزناه الجلد التام ، فإذا وطئ حرة بنكاح صحيح ثبت له الإحصان، كالمسلم ، وفيه احتراز من الصبي والمجنون ، فإنه لا يلزمهما الجلد، وعن العبد ، فإنه لا يلزمه الجلد التام .

ولأن قتل يجب على المسلم بسبب سابق، فجاز أن يجب على الكافر ، كالقتل بالقصاص ، وفيه احتراز من القتل بترك الصلاة ؛ لأنه يجب بالامتناع في الحال لا بسبب سابق .

* * *

(١) سبق تخريجه .

كتاب الصـــداق

الأصل في الصداق قوله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ ﴾ [النساء: ٤]، وقال تعالى: ﴿ فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗ ﴾ [النساء: ٢٤]، وقال تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

والسنة: ما روي عن عمر[١] أن النبي ﷺ قال: «أدوا العلائق» قيل: يا رسول الله وما العلائق؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون»[٢] فسمي الصداق علائق وأمر بأدائه.

مسألة: قال أبو القاسم: (وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة كبيرة أو صغيرة عقد عليها أبوها بأي صداق اتفقا عليه فهو جائز إذا كان شيئاً له نصف يحصل) خلافاً لمالك وأبي حنيفة في قولهما: أقل الصداق ما تقطع اليد فيه.

فعند أبي حنيفة: تقطع في عشرة، وعند مالك: تقطع في ثلاثة.

دليلنا: ما روى سهل بن سعد أن النبي ﷺ قال لرجل: «تزوج ولو بخاتم من حديد»[٣].

وروى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أنكحوا الأيامى وأدوا

(١) لم أجده عن عمر. وإنما ورد عن مولى عمر عن ابن عباس، وورد عن ابن عمر، وسيأتي.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، في النكاح باب المهر (٣/ ٢٤٤) عن ابن عباس.

قال في التلخيص الحبير: إسناده ضعيف. وقال: أخرجه البيهقي (٧/ ٢٣٩) عن ابن عمر.

انظر: تلخيص الحبير (٣/ ١٠٩) (٣/ ٢١٥).

(٣) أخرجه البخاري بمعناه في فضائل القرآن (٤٧٤١)، ومسلم في النكاح (١٤٢٥).

العلائق» قيل : وما العلائق بينهن ؟ قال : « ما تراضى عليه الأهلون »[١] .

وروى ابن عباس عن النبي ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدين وصداق قل أو كثر »[٢] .

وروى أبوسعيد الخدري قال : سألت رسول الله ﷺ عن صداق النساء قال: «ما تراضى عليه الأهلون»[٣] .

وروى يحيى بن أبي لبيبة ، عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : «من استحل بدرهمين فقد استحل»[٤] فتقديره: فقد استحل بدرهمين ، وعند المخالف لا يستحل بدرهمين بحال، (وكل)[٥] ما جاز أن يكون ثمناً في عقد بيع أو أجرة في عقد إجارة جاز أن يكون مهراً كالعشرة .

ولأن النكاح عقد على المنفعة، فلم يتعذر البدل فيه كالإجارة .

مسألة : قال : (وإذا أصدقها عبداً بعينه فوجد به عيباً فردته كان لها عليه قيمته ، وكذلك إن خرج حراً أو استحق ، سواء أسلمه إليها أو لم يسلمه) خلافاً للشافعي في أحد القولين : أنها ترجع إلى مهر المثل لا إلى قيمته.

دليلنا : أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها، فإن تلفت من غير أن يبطل

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (١١٣٤٣) بنحوه ، وانظر مجمع الزوائد للهيثمي (٤/ ٢٨٦) وقال : في إسناده الربيع بن بدر وهو متروك .

(٣) أخرجه الدارقطني عن أبي سعيد الخدري ولفظه «ما اصطلح عليه أهلوهم» (٣/ ٢٤٢)، والبيهقي (٧/ ٢٣٩) وإسناده ضعيف . انظر تلخيص الحبير (٣/ ١٩٠) .

(٤) أخرجه أبويعلى (٩٤٣)، والبيهقي (٧/ ٢٣٨) بلفظ « من استحل بدرهم فقد استحل» وضعفه السيوطي في الجامع الصغير (٢/ ١٦٣) .

(٥) في (س) : وإن كان .

سبب استحقاقها فإن الذي يجب بدلها ، كالمغصوب والقرض والعارية ، وعكسه تلف أحد العوضين في المبيع الذي من شرطه القبض ؛ لأن بتلفه بطل سبب استحقاقه وهو عقد البيع .

ولأن الصداق إذا تلف قبل القبض فإن العقد لا يبطل بتلفه ، ولابد من إيجاب مهر المرأة ، إما مهر المثل أو بدل الصداق ، وإيجاب الصداق أولى من مهر المثل بشيئين :

أحدهما : أن الصداق كان قد تراضيا عليه .

ولأن المقصود بعقد النكاح الألفة والوصلة بين الزوجين ، وفي إيجاب الصداق ما يعود بمصلحة هذا المقصود ، وفي إيجاب مهر المثل لها يقتضي الإفساد ؛ لأن الزوجين قد رضيا بالصداق المعين ، وبدله يقرب منه ، فإذا أوجبنا ذلك لم يكن على أحدهما ضرر، ولا ينفر أحدهما من الآخر ، وإذا أوجبنا مهر المثل كان تنفيراً له .

مسألة : قال : (وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه فلم يبع أو طلب به أكثر من قيمته ولم يقدر عليه فلها قيمته) .

أصل هذه المسألة ما تقدم وهو إذا خرج حراً أو استحق[1] فقد تعذر تسليم العبد، وقد حكمنا لها بالقيمة ، كذلك هاهنا قد تعذر تسليمه، فيجب أن يكون لها القيمة .

مسألة : قال : (وإذا تزوجها على خمر أو ما أشبهه من المحرم وهما مسلمان ثبت النكاح، وكان لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول)

---

(١) أي إذا تبين أن هذا العبد مستحق لشخص آخر إما بغصب أو بدين أو قيمة جناية أو غيرها.

خلافاً لمالك في قوله : يفسد النكاح بفساد الصداق، وبه قال : أبو جعفر من أصحابنا .

دليلنا : أنه نكاح بمهر فاسد، فلم يفسد بفساد المهر ، كما لو نكح امرأة على دراهم مغصوبة فإن مالكاً قال هاهنا : لا يفسد النكاح ، وإنما قال : في النكاح على الخمر والخنزير والميتة .

ولأن المقصود من النكاح البضع دون المهر ، ألا تراه يصح مع السكوت عن تسمية المهر ، فلم يؤثر فساد ما ليس بمقصود في المقصود .

ويفارق هذا فساد الثمن في المبيع ، لأنه يفسد البيع ، لأن الثمن مقصود في البيع فحصول الفساد في المقصود يبطله ، فمثال فساد الثمن في البيع حصول الفساد في البضع في النكاح ، فإذا ثبت هذا ثبت النكاح ويبطل المسمى ؛ لأنه لا قيمة له في شرعنا ، فإن كان قد دخل بها فلها مهر المثل ، وإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر ؛ لأن مهر المثل يقوم مقام المسمى في الكمال والنقص .

مسألة : قال : (وإذا تزوجها على ألف وألف لأبيها كان ذلك جائزاً ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين، ولم يكن على الأب شيء فيما أخذ) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : المهر فاسد لأجل شرط الألف للأب، ويكون لها مهر المثل .

دليلنا : أن قوله : أصدقتها ألفاً على أن لأبيها ألفاً ، معناه أن المهر ألفان يأخذ الأب منها ألفاً ؛ لأن له أن يأخذ من مالها عندنا بما لا يجحف بمالها ، فالمسألة على هذا ، وإن أخذه بذلك لا يجحف بمالها ، ويكون فائدة هذا الشرط التأكيد ؛ لأنه كان له أن يأخذ منها ، فإذا طلقها قبل الدخول رجع عليه بالألف التي أخذتها دون الألف التي في يد الأب ، لأنه كان للأب أخذها فلا

يملك الرجوع عليه بذلك .

ولأن ما جاز أن يكون صداقاً في شرع من كان قبل نبينا عليه السلام جاز أن يكون صداقاً في شرعنا ، كما لو لم يشترط لنفسه منه شيئاً .

ومعنى هذا أنه كان في شريعة شعيب عليه السلام جواز اشتراط الأب المهر لنفسه فيما أخبر الله عز وجل عنه في قصة موسى عليه السلام قال : ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص : ٢٧] فشرط مهر ابنته، وهو منافع موسى لنفسه ، وشرع من قبل نبينا ﷺ شرع لنا ما لم يثبت نسخه .

فإن قيل : إنما جاز ذلك في تلك الشريعة ؛ لأن النكاح كان جائزاً بغير مهر، قيل : لا نعلم هذا ، ولا يجوز إثبات ذلك إلا بدليل ، وهذه الآية لا تدل على أنه كان يجوز في شرعهم بغير مهر ، وإنما تدل على شرط الأب لنفسه.

فإن قيل : المهر كان لابنته، وإنما أضاف الإجارة إلى نفسه ، لأن مال ابنته كان في يده، فأضافه إلى نفسه، كما يضيف الوكيل إلى نفسه فيما يفعله لموكله، قيل : حقيقة الإضافة إلى من يملك تقتضي التمليك ، فلا يجوز حمله على المجاز.

مسألة : قال : (وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد، أو تدفع إليه نصفه زائداً ، إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح كبيراً فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد ، إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه) .

ظاهر هذا الكلام أن المرأة تملك جميع الصداق بالنكاح، وما يحدث فيه من نماء فهو لها ، خلافاً لمالك في قوله : تملك نصفه، ويكون النصف على

ملك الزوج ، وما يحدث فيه من نماء فهو بينهما ، فإذا دخل بها استقر ملكها على جميعه .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء : ٤] فأمر بدفع جميع الصداق إلى الزوجة ، فلولا أنه ملك لها لما أمر بدفعه إليها .

ولأن الزوج يملك البضع بالنكاح ، فوجب أن تملك المرأة ما في مقابلته من المهر قياساً على المتبايعين ، فإذا ملكته بالعقد فما يحدث من زيادة فهو على ملكها لا يرجع الزوج بشيء منه ، وهو معنى قوله : إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد ، أو تدفع إليه نصفه زائداً .

وفي هذا بيان أن حقه يسقط من العين بحصول النماء المتصل بها منه كبر أو سمن أو تعليم صنعة ، لأنه قال : إن شاءت دفعت إليه نصف القيمة، أو تدفع إليه النصف يخيرها في ذلك .

والدلالة عليه : أن الزوج إنما يأخذ قيمة الصداق وقت القبض ، فلو قلنا : يرجع فيه ، كان فيه زيادة على حقه ؛ لأن حقه لا يتميز من حقها، فلهذا سقط، فكان له القيمة .

فأما ما يحدث فيها من نقصان فهو عليها ويلزمها نصف القيمة يوم وقع العقد ؛ لأن الزوج يستحق نصف ما سلمه إليها بقوله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] فأوجب الرجوع بنصف المفروض وهو معنى قوله : « إلا أن تشاء أخذ ما بذلته من نصفه ناقصاً » .

فأما معنى قوله : « إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح كبيراً » فهو أن يكون صغيراً تزيد قيمته ، لأنه يلج على النساء فيزداد في قيمته ، فإذا كبر منع من

الدخول عليهن فتنقص قيمته .

مسألة : قال : (ولو اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا بينة على مبلغه كان القول قولها ما لم يجاوز مهر مثلها) خلافاً للشافعي في قوله : «يتحالفان كما يقول في البيع» .

دليلنا : أن اختلافهما في التسمية يمنع ثبوت التسمية ، لأنا لا نصدق واحداً منهما على صاحبه ، وعقد النكاح إذا عري عن التسمية وجب الرجوع إلى مهر المثل ، فإذا كان كذلك قلنا فأيهما ادعى مقدار مهر المثل فالظاهر معه ، فيجب أن يكون القول قوله ، لأنه مدعى عليه و الآخر مدَّعي ، وليس كذلك إذا كان مهر مثلها أقل من دعواها وأكثر مما ادعى الزوج ؛ لأنه ليس مع أحدهما ظاهر، فيصير كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه، فيرجعان إلى مهر المثل، كما لم يكن سمى .

مسألة : قال : (فإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها) خلافاً لمالك رحمه الله في قوله : إن اختلفا بعد الدخول فالقول قول الزوج ، وإن اختلفا قبله فالقول قول الزوجة .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] .

والزوج يدعي إقباض الصداق ، والمرأة مدعى عليها في ذلك .

ولأنه يدّعي براءة ذمته من حق كان لها، فلا يقبل قوله ، كما لو كان

(١) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ وفيه بدل (المدعى) من ادعى(٣/ ١١٠، ١١٢) عن أبي هريرة . وأخرجه البيهقي (٨/ ٢١٣) عن عبدالله بن عمرو ، (١٠/ ٤٢٧) عن ابن عباس ، وضعفه السيوطي في الجامع الصغير (١/ ١٢٨) .

الاختلاف قبل الدخول .

ولأنه مدعي تسليم عوض، فلم يقبل قوله ، كالمشتري إذا ادعى تسليم الثمن إلى البائع .

مسألة : قال : (وإذا تزوجها بغير الصداق لم يكن لها عليه إن طلقها قبل الدخول إلا المتعة ، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، فأعلاه خادم، وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها ، إلا أن يشاء أن يزيدها ، أو تشاء هي أن تنقصه) خلافاً لمالك في قوله : لا تجب المتعة بحال، ولكن تستحب .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة : ٢٣٦] فأمر بالمتعة ، فهي على الوجوب.

ولأنه طلاق قبل الدخول في نكاح يقتضي عوضاً ، فوجب أن لا يعرى عن عوض ، كما لو قد سمى لها مهراً .

ولأن المتعة تدل على المهر فهي بمنزلة المهر ، بدلالة أنه إذا سمى لها مهراً لم يثبت لا واجباً ولا مستحباً ، وإذا لم يسم ثبت ، فدل على أنها قائمة مقام المهر ، فلما كان المهر واجباً عند التسمية، كذلك ما قام مقامه .

مسألة : قال : (وإذا طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك ، فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره ، وكذلك إن فرض أقل من ذلك فرضيت به) .

إنما لزمه أن يفرض قبل أن تسلم نفسها ، لأنه إنما ملك البضع عليها في مقابلة المهر ، فإذا لم يسلم المهر إليها لم يجب عليها تسليم نفسها .

ولأنا لو ألزمناها تسليم نفسها قبل القبض لم يؤمن أن يطأها فيتلف المنفعة عليها ، ولا يسلم الصداق لتعذره عليه ، ولا يمكنها الرجوع بالمنفعة إلا

يدلها، فإذا سلم الرجل الصداق فامتنعت من التسليم أمكنه الرجوع (...)[1] بالصداق إن كان موجوداً ، أو يأخذها الحاكم بالتسليم لنفسها ، ولهذا المعنى قلنا في المبيع: يلزم البائع تسليم المبيع قبل قبض الثمن ، لأنه إن تعذر على المشتري تسليم الثمن أمكن البائع الرجوع بعين ماله ، وفي البضع بخلافه ؛ لأنه يتلفه ولا يمكنه الرجوع فيه ولا في قيمته ، فإذا ثبت أنه يلزمه الفرض فرض لها مهر المثل صح ولزمه؛ لأنه فعل ما هو الواجب ؛ لأنه قيمة البضع إذا لم يكن مسمى ، وإن فرض أقل من ذلك فرضيت به صح ولزم أيضاً ، لأنها تركت بعض حقها ، فإن فرض أقل من ذلك ولم ترض به أخذ بفرض مهر المثل ؛ لأنه قيمة البضع .

مسألة : قال : (ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها) .

أما الميراث فإنه جائز بينهما ؛ لأنه يستحق بالعقد فكان بينهما ثابتاً ، وأما الصداق فلها مهر مثلها على ظاهر المذهب، وقد روى أحمد رواية أخرى: نصف مهر المثل، وفيه ضعف ، والصحيح أن لها مهر مثلها ، خلافاً للشافعي في أحد القولين : لا شيء لها .

دليلنا : ما روي عن عبدالله بن مسعود أنه أتى في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يفرض لها[2] ، وفي بعض الأخبار : واختلفوا إليه شهراً ، أو قال : مرات . قال: فإني أقول فيها وأن لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط ، وأن

---

(١) ما بين القوسين لفظة (بغير) وهي زائدة .

(٢) أخرجه أبوداود في النكاح (٢١١٤) ، والترمذي في النكاح (١١٤٥) وصححه، وابن ماجه في النكاح (١٨٩١) . قال الألباني : صحيح .

لها الميراث، وعليها العدة، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله بريئان، فقام ناس من أشجع فيهم الجراح وأبوسنان فقالوا: يا ابن مسعود نحن نشهد أن رسول الله ﷺ قضى بها في بروع بنت واشق وزوجها هلال بن مرة الأشجعي كما قضيت، قال: ففرح عبدالله بن مسعود فرحاً شديداً حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله ﷺ[1]. وهذا نص في المسألة.

ولأن الموت سبب ليستقر به المسمى، فجاز أن يجب فيه مهر المثل، كالدخول.

ولأن المهر وجب بالعقد، بدليل أن لها أن تمنع نفسها حتى تستوفيه، ولأنه لو لم يجب بالعقد لما وجب بالدخول؛ لأن الزوج يملك بضعها بعقد النكاح، والدخول تصرف فيما يملكه، وتصرف الإنسان فيما يملكه لا يوجب عليه البدل لأحد، ألا ترى أنه لو وطئ أمته أو استخدمها لم يجب عليه شيء لهذه العلة، فلما اتفقنا أنه مستحق - أعني المهر بعد بالدخول - علمنا أنه وجب لها بنفس العقد فاستقر الدخول.

مسألة: قال: (وإذا خلا بها بعد العقد وقال: لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما، وكان حكمها حكم المدخول بها في جميع أمورها إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان) خلافاً للشافعي في قوله: الخلوة لا توجب كمال الصداق.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ

(١) رواه أبوداود في النكاح (٢١١٦)، وأحمد (٤٢٧٦). قال الألباني: صحيح.

إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ ﴾ [النساء : ٢٠] .

ففي الآية دليلان :

أحدهما : من قوله : ﴿ فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ فهو عموم .

والثاني : قوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ ﴾.

حكى عن الفراء أنه قال : الإفضاء : هو الخلوة دخل بها أو لم يدخل . وهذا نص صحيح ؛ لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء وهو الموضع الخالي من الناس، وإذا كان كذلك صار كأنه قال : فكيف تأخذونه وقد خلا بعضكم إلى بعض .

وأيضاً روى عن زرارة بن أوفى أنه قال : أجمع الخلفاء الراشدون أن من أغلق باباً وأرخى ستراً وجب عليه المهر دخل بها أو لم يدخل [١] .

وأيضاً فإن المعقود عليه من النكاح هو التسليم دون الوطء ، ألا ترى أنه يصح نكاح من لا يصح منه الوطء ، كالمجنون والرتقاء ، ولا يصح العقد على من لا يصح منها التسليم كذوات المحارم ، فإذا كان كذلك قلنا : فإذا وجد التسليم فقد سلم المعقود عليه ، فوجب أن يستقر عليه المهر بالخلوة ، وسواء اعترف بالدخول فصدقته عليه أو أنكر الدخول وصدقته عليه ، خلافاً لمالك في قوله : إذا أنكر الدخول وصدقته وجب لها نصف الصداق ، وإن لم تصدقه وجب لها كمال الصداق .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٩٦٠) . وسعيد بن منصور (٧٦٢) ، و(٧/ ٢٥٥) وقال : هذا مرسل . وانظر : تلخيص الحبير (٣/ ١٩٣) .

وقد روى يعقوب بن (بختان) [١] [٢] عن أحمد رحمه الله مثل هذا .

وجه ما نقله الخرقي : أنا قد بينا أن المعقود عليه هو التسليم ، والمهر إنما يجب في مقابلة المعقود عليه، وقد سلمته ، فلا معنى لاعترافها بالوطء وإنكارها ، لأن الذي يستحق به الصداق هو التسليم، وقد وجد .

وقوله : (سواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض)، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إنما تستحق بالخلوة إذا لم يكن بها ما يمنع من الوطء ، وأما في هذه الحال فلا (يكمل)[٣] صداقها ، وقد روي عن أحمد مثل هذا.

وجه ما نقله الخرقي : ما تقدم من عموم الآية ، وإجماع الصحابة في وجوب الصداق بالخلوة من غير تفصيل .

ولأن بالخلوة يلحق معها النسب ، فوجب كمال الصداق .

دليله : لو كانت على صفة يمكن وطؤها .

ولأن الأشياء المانعة من غير جهتها فلا تؤثر في إسقاط الصداق ، كما أنها إذا أسلمت نفسها فمرضت وحاضت أو صامت الفرض لم يسقط ذلك نفقتها وإن كانت هذه الأشياء مانعة من الاستمتاع الذي في مقابلة نفقتها ، كذلك هاهنا .

ووجه الرواية الثانية – الأخرى – : أن المعقود عليه هو التسليم للمنافع ، وهذه الأشياء تمنع تسليم المنافع، لأنه لا يمكنه استيفاؤها، فلم يكمل الصداق.

---

(١) في الأصل : حبان .

(٢) هو : يعقوب بن إسحاق بن بختان ، صاحب الإمام أحمد وصديقه ، نقل عنه مسائل كثيرة . انظر : طبقات الحنابلة (١/ ٤١٥) .

(٣) في (س) : كمل .

مسألة : قال : (والزوج هو الذي بيده عقد النكاح ، فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر في ماله برئ منه صاحبه) خلافاً لمالك ، وأحد القولين للشافعي ، وإحدى الروايتين عن أحمد: أن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي، وهو الأب، وأن له العفو عن صداق ابنته عند الطلاق .

وعلى ما نقل الخرقي: لا يملك الأب أن يعفو عن الصداق، وإنما ذلك إليها ، فإن عفت وإلا لم يصح عفو الأب .

والدلالة عليه قوله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة : ٢٣٧] . والعقدة ما انعقد الشيء ولم ينحل عنه، والذي يملك عقدة النكاح هو الزوج، فأما الولي فإنما يملك عقده، فإذا عقده وصار عقدة خرج من يده إلى الزوج .

ولأن العفو إذا أطلق فإنما يعقل منه عفو الإنسان عما يملك دون العفو عما لا يملك ، وعفو الولي عن المهر عفو عن ما لا يملك، فلم يمكن حمل الآية عليه.

ولأن من لا يملك إسقاط المهر قبل الطلاق لا يملكه بعد الطلاق ، دليله: الأخ ، وعكسه المولى والزوجة .

ووجه الثانية : هو أن الله تعالى قال في ابتداء الآية : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. فواجه بهذا الخطاب الأزواج ، فلما عقب ذلك بالكناية وهو قوله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ وجب حمل ذلك على غير

المواجهة بالخطاب ؛ لأن الظاهر أن المكنى عنه بالخطاب غير المواجهة .

ولأنا إذا حملنا الآية على الزوج أضمرناه فيها ، وإذا حملناها على الولي لم يضمر فيها بل نحملها على ظاهرها ، وذلك أن الآية وردت في بيان حكم العفو عن المهر بعد الطلاق ، والولي بعد الطلاق بيده عقدة النكاح ، والزوج ليس بيده عقدة النكاح، وإنما كان ذلك بيده فيما قبل .

مسألة : قال (وليس عليه دفع نفقة زوجته إن كان مثلها لا يوطأ ، ولا تجب نفقتها عليه) خلافاً للشافعي في أحد قوليه : إنها واجبة .

دليلنا : أن النفقة تستحق بتسليم المرأة نفسها في بيت الزوج، بدلالة الكبيرة إذا سلمت نفسها استحقت ، وإن لم تسلم نفسها نشزت ولم تستحق، والتسليم معدوم في هذه الحالة، فوجب أن لا تستحق ، كالناشز ، بل هذه أولى أن لا تستحق ؛ لأن الزوج يمكنه أن يغلب الناشز ويقهرها فيستمتع بها، ولا يمكنه الاستمتاع بهذه (و) [1] الانتفاع بها في الموضع المخصوص ، فإذا لم تستحق تلك فالصغيرة أولى .

وكذلك الحكم إذا منع منها: إما أن يكون المنع من جهتها أو من جهة أبيها فلا نفقة لها ، لأنا قد بينا أنها تستحق بالتسليم ولم يوجد ذلك .

وأما إذا كان المنع من قبله لضعف أو غيره لزمته النفقة ؛ لأن التسليم قد وجد من جهتها ، فلا يسقط بعجز الزوج ، ألا ترى أنه لو كان عنيناً أو مجبوباً لم تسقط نفقتها وإن كان عاجزاً عن وطئها لوجود التسليم من جهتها .

مسألة : قال : (وإذا زوجها على صداقين سراً وعلانية أخذ بالعلانية ، وإن كان السر قد انعقد النكاح به) .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق لم تذكر بـ(س) .

صورة هذه المسألة أن يتزوجها في السر بعشرة دراهم وفي العلانية بعشرين درهماً ثم يختلفان في الصداق ، فإنه يلزمه مهر العلانية ؛ لأن النكاح الظاهر ثبت ، وقول الزوج غير مقبول في نكاح السر ، فكان المهر مهر العلانية .

ولأن النكاح المتقدم قد صح ولزم ، والنكاح المتأخر بعد ذلك لا يتعلق به حكم .

مسألة : قال : (وإذا أصدقها غنماً بعينها فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها، ويرجع عليها بنصف الأمهات إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيراً بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها، أو يأخذ نصفها ناقصة).

أما الأولاد فإنما كانت لها؛ لأنها نماء عين تملكها، فهو كما لو باع جارية أو شاة حاملاً فولدت في يد البائع قبل القبض ثم ردت بعيب كان الولد للمشتري؛ لأنه نماء عين ملكه، كذلك هاهنا . وقد بينا أن الزوجة ملكت الصداق بالعقد فكان النماء على ملكها ، ثم ينظر ، فإن لم تكن الولادة نقصتها فله نصف الأمهات؛ لأن النماء متميز، فلم يمنع الرجوع في النصف، وإن كان قد نقصتها كان بالخيار بين أن يأخذ نصفها ناقصة فيكون قد ترك بعض حقه ، و بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ؛ لأن لها نصف الصداق وقت التسليم .

مسألة : قال : (وإذا أصدقها أرضاً فبنتها ، أو ثوباً فصبغته، ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمتها وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ ويكون له ، أو تشاء هي أن تعطيه نصفه زائداً فلا يكون له غيره). إنما لم يكن له الرجوع بنصف الأرض إذا زادت بالبناء ، ولا الرجوع بنصف الثوب إذا زاد بالصبغ ، لأن هذه الزيادة متصلة بالعين فمنعت من

الرجوع ، كما لو كان الصداق أمة حائلاً فحملت ثم طلقها ، أو هزيلة فسمنت ثم طلقها ، فإنه لا يملك الرجوع في نصفها ، لأن الزيادة متصلة ؛ لأن ذلك زيادة على حقه ، فإن قالت : قد رضيت برد نصفها إليه مع البناء أو الصبغ ، فإنه يجبر على قبول ذلك على ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنها زيادة غير متميزة ، فإذا رضيت بتسليم النصف مع الزيادة أجبرناه عليه ، كما قلنا إذا كان الصداق جارية مهزولة فسمنت ، أو غير حافظة للقرآن فحفظت ثم رضيت برد نصفها زائدة فإنه يجبر على القبول ، كذلك هاهنا .

وإن قال الزوج : أنا أعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ . فقال الخرقي : له ذلك . فظاهر هذا أنه يملك إجبارها على ذلك ، وليس هذا على ظاهره بل هو محمول على أنها اختارت ذلك ، فإما إذا لم تختر فإنها لا تجبر، لأن فيه بيع ملكها عليه بغير اختيارها .

* * *

كتاب الوليمة

قال أهل اللغة : وليمة الشيء كماله وجمعه . وإنما سميت الدعوة على العرس وليمة لاجتماع الزوجين ، ومنه القيد المؤلم لأنه يجمع الرجلين .

والأصل في استحبابها: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أولم ولو بشاة»(١).

وفي حديث آخر قال : « الوليمة في أول يوم حق ، والثاني معروف ، وما بعد ذلك رياء»(٢) .

مسألة : قال : (ويستحب لمن تزوج أن يولم ولو بشاة) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : هي واجبة .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس في المال حق سوى الزكاة»(٣).

ولأنه طعام لحدوث سرور ، فلم يكن واجباً كسائر الولائم من العرس والنفاس .

والدلالة على أنه مستحب : قول النبي ﷺ لعبد الرحمن [بن عوف] : «أولم ولو بشاة» (٤) .

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (١٩٢٤)، ومسلم في النكاح (١٤٢٧) .

(٢) أخرجه أبوداود في الأطعمة (٣٧٤٥) . قال الألباني ضعيف . وأخرجه ابن ماجه في النكاح (١٩١٥) عن أبي هريرة . قال الألباني : ضعيف . قال في تلخيص الحبير (٣/ ١٩٥) : « إن في إسناده عبدالملك النخعي وهو ضعيف » .

(٣) أخرجه ابن ماجه في الزكاة (١٧٨٩) . قال الألباني: ضعيف منكر .

(٤) سبق تخريجه .

وروي عنه ﷺ أنه أولم على صفية بسويق وتمر[1] . وقيل : إنه ما أولم على أحد من نسائه أكثر مما أولم على زينب بنت جحش [2] .

مسألة : قال : (وعلى من دُعي أن يجيب ، فإن لم يحب أن يطعم دعا وانصرف) وذلك لما روى نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا دُعي أحدكم إلى وليمة عرس فليجب ، فإن كان مفطراً أكل ، وإن كان صائماً برك[3] وانصرف»[4] .

وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « خمس من حق المسلم على المسلم : رد التحية ، وإجابة الدعوة ، وشهود الجنازة ، وعيادة المريض ، وتشميت العاطس إذا حمد الله تعالى » [5] .

مسألة : قال : (ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ، ولا على من دعي إليها أن يجيب ، وإنما السنة وردت في إجابة من دعي إلى وليمة تزويج) .

ظاهر كلامه : أن الوليمة لا تستحب على غير العرس، وما يحدث من السرور بالإملاك والنفاس والختان ، ومقدم الغائب ، وحادث سرور، فإن الوليمة غير مستحبة عليه ؛ لما روى أبو بكر الخلال في كتابه بإسناده عن الحسن قال : دعي عثمان بن العاص إلى ختان فأبى أن يجيب ، فقيل له ،

---

(١) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٣٧٤٤)، والترمذي في النكاح (١٠٩٥) ، وابن ماجه في النكاح (١٩٠٩) . قال الألباني : صحيح .

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٤٨٧٣)، ومسلم في النكاح (١٤٢٨) .

(٣) معناه أن يدعو لهما بالبركة بقوله: بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما في خير وعافية.

(٤) أخرجه البخاري بنحوه في النكاح (٤٨٧٨) ، ومسلم في النكاح (١٤٢٩) .

(٥) أخرجه البخاري بنحوه في الجنائز (١١٨٣) ، ومسلم في السلام (٢١٦٢) .

قال: إنا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى له[1].

فيه دليلان: أحدهما: أن عثمان امتنع من إجابته إلى ذلك وهو من أعيان الصحابة.

الثاني: أنه قال: وما كنا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ، فظاهر هذا أن ذلك منتشر في عهد رسول الله ﷺ وأنه غير مستحب.

مسألة: قال: (والنثار مكروه) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ليس بمكروه.

وقد روى بكر بن[2] محمد عن أبيه عن أحمد رحمه الله مثل ذلك.

وجه ما نقله الخرقي: أن النثار يؤخذ نهبة، ففيه سخف ودناءة، ولأنه ربما كان من القوم من يحب النثار أن يأخذ أكثر فلا يمكن ذلك، و إذا قسم على الحاضرين فهو بالعكس من هذا، فلهذا جاز.

ووجه الرواية الثانية: ما احتج به أحمد رحمه الله أن النبي ﷺ نحر بدنة وخلى بينها وبين المساكين، وقال: «من شاء اقتطع»[3] والنثار في هذا المعنى.

* * *

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٢١٧)، والطبراني في الكبير (٨٣٨١) عن الحسن. وقال في مجمع الزوائد (٤/ ٦٠): رجاله فيهم [محمد بن] إسحاق وهو ثقة ولكنه مدلس.

(٢) هو بكر بن محمد النسائي الأصل، أبو أحمد البغدادي المنشأة، ذكره أبوبكر الخلال فقال: كان أبوعبدالله يقدمه ويكرمه، وعنده مسائل كثيرة سمعها من أبي عبدالله. انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١١٩).

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٣٥٠)، وأبوداود في المناسك (١٧٦٥) قال الألباني: صحيح.

كتاب عُشرة النساء والخلع

الأصل في عشرة النساء قوله تعالى : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء : ١٩] ومن العشرة بالمعروف إقامة الحقوق .

وقال تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة : ٢٢٨] فظاهر الآية أن الحق الذي عليهن مثل الذي لهن ، وليست على ظاهرها ، لأن حقها على الزوج النفقة والكسوة والخدمة والسكنى ، وله عليها التمكين من الاستمتاع ، وليس هذا مثل هذا، والمراد به – والله أعلم – أن كل واحد منهما أن يؤدي الحق (الذي)[1] عليه لصاحبه بالمعروف مثل ما يؤدي صاحبه .

وأما الخلع : فسماه الله عز وجل في كتابه افتداء وقال : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة : ٢٢٩] .

والفدية : العوض الذي تبذله المرأة لزوجها تفدي نفسها منه ، ومنه يقال: فداك أبي وأمي ، أي : هما فداك ، ومنه يقال : فداء الأسير إذا افتدي بالمال ، وإن فودي رجل برجل قيل: تفاديا . هذا هو الخلع في الشرع .

وأما اللغة : فهو الخلع ، واشتقاقه من خلع يخلع ، يقال : خلع الرجل زوجته ، واختلعت المرأة نفسها من زوجها ، وإنما يقال هذا في الزوجين؛ لأن كل واحد منهما لباس لصاحبه ، قال الله تعالى : ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة : ١٨٧] فلما كان كل واحد منهما لباساً لصاحبه استعمل في

---

(١) زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

فلك الخلع في كل واحد منها لصاحبه .

والأصل فيه قوله تعالى : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة : ٢٢٩] فرفع الجناح في أخذ الفدية منها في خوف التقصير في إقامة الحدود من حقوق الزوجية، فدل على جواز الفدية .

وأيضاً روى سهل بن أبي حثمة قال : كانت بنت سلول تحت ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري فكرهته ، وكان رجلاً دميماً ، فجاءت إلى رسول الله ﷺ قالت: يارسول الله ، إني لا أراه شيئاً ، ولولا مخافة الله لبصقت في وجهه ، فقال رسول الله ﷺ : « تردين عليه حديقته التي أصدقكها ؟ » قالت : نعم ، فأرسل إليه فردت عليه حديقته ، ففرق بينهما[١] . فكان ذلك أول خلع كان في الإسلام .

وروي أن جميلة بنت السلول أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن أبا فلان -يعني زوجها ثابت بن قيس بن شماس- والله ما أعيب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقال رسول الله ﷺ : « تردين عليه حديقته ؟» قالت : نعم وزيادة ، ففرق بينهما ، وقال : «خذ ما أعطيتها ولا تزدد»[٢] .

مسألة : قال : (وعلى الرجل أن يساوي بين زوجاته في القسم) معناه أن يقسم لهذه ليلة ولهذه ليلة ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول

---

(١) رواه البخاري مختصراً في الطلاق (٤٩٧١) . أما لفظ : «لبصقت في وجهه» فرواه ابن ماجه في الطلاق (٢٠٥٧). والمرأة حبيبة بنت سهل . قال الألباني: ضعيف.

(٢) لفظ : وزيادة أخرجه أبوداود في المراسيل (٢٣٥) ، والبيهقي (٧/ ٣١٤)، والدارقطني (٤/ ٤٩٨) عن عطاء . وانظر إرواء الغليل (٢٠٣٧) . ورواه ابن ماجه بنحوه في الطلاق عن ابن عباس (٢٠٥٦) وفيه « ولا يزداد » .

الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها ، وكان يقسم لكل امرأة منهن يوماً وليلتها غير أن سودة بنت زمعة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضي الله عنها تبتغي بذلك رضى رسول الله ﷺ[(١)] .

وروى أبوهريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « من كان له امرأتان يميل إلى إحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شِقّيه ساقط »[(٢)] .

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه فيعدل ، ثم يقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك »[(٣)] .

مسألة : قال : (وعماد القسم الليل) .

معناه إذا ساوى بينهما في القسم بالليل ولم يقسم بينهما بالنهار جاز، لأن عماد القسم ومعظمه بالليل ؛ لأن الاشتهاء والإيواء والسكن فيه ، فلهذا كان الاعتبار به .

مسألة : قال : (وإن وطئ زوجته ولم يطأ الأخرى فليس بعاص) وذلك لأن الوطء لذة وشهوة ، وليس عليه أن يسوي فيما طريقته اللذة والشهوة.

ولأنه قد لا يقدر على التسوية بينهن، فإن قلبه قد يميل إلى واحدة دون الأخرى ، وما تعلق بقلبه فلا يجب عليه التسوية ؛ لأنه لا يقدر عليه .

---

(١) أخرجه البخاري بنحوه في الهبة (٢٤٥٣) .

(٢) رواه أبوداود بنحوه في النكاح (٢١٣٣)، والترمذي في النكاح (١١٤١)، وابن ماجه في النكاح (١٩٦٩) . قال الألباني : صحيح .

(٣) أخرجه أبوداود في النكاح (٢١٣٤) ، والترمذي في النكاح (١١٤٠)، والنسائي في عشرة النساء (٣٩٤٣)، وابن ماجه في النكاح (١٩٧١) . قال الألباني: ضعيف.

مسألة : قال : (ويقسم لزوجته الأمة ليلة والحرة ليلتين وإن كانت كتابية) خلافاً لمالك في قوله : الحرة والأمة سواء في القسم .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تنكح الأمة على الحرة ، للحرة الثلثان من القسم ، وللأمة الثلث »[1] .

وعن علي عليه السلام قال : « من نكح حرة على أمة ، فإن للحرة الثلثين، وللأمة الثلث »[2] .

ولأن القسم مستحق على قدر الاستمتاع ؛ لأن الاستمتاع هو المقصود منه ، ولهذا قسم للحرة أكثر من غيرها .

والاستمتاع بالحرة أكثر منه بالأمة؛ لأن الحرة تبقى معه ليلاً ونهاراً، والأمة تبقى بالليل دون النهار .

ولأن ولده من الأمة يسترق ، فيتجنب وطئها ، فوجب أن تفضل الحرة على الأمة في القسم .

وقوله : « وإن كانت كتابية » يعني أنها تساوي الحرة المسلمة في القسم، وذلك لأن هذا من حقوق الزوجية ، والمسلمة والذمية في حقوق الزوجية سواء ، كالنفقة والكسوة والخدمة والسكنى، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا سافرت زوجته بغير إذنه فلا نفقة لها ولا قسم، وإن

---

(١) لم أجده مرفوعاً . وأخرجه مالك في الموطأ (١١١٧) ، وسعيد بن منصور (٧٢٢)، وفي المعرفة (٤١٨٢) عن سعيد بن المسيب ، وسعيد بن منصور (٧٢٣)، وعبدالرزاق (١٣٠٨٨) عن عطاء وانظر ما بعده .

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥٨) ، والبيهقي (٧/ ٢٩٩، ٣٠٠) وسعيد بن منصور (٧٢٥) ، وفي سنده عباد بن عبدالله الأسدي وهو ضعيف كما في التقريب .

كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك) .

أما إذا سافرت باختيارها بإذن من الزوج، مثل أن تخرج للحج ، أو لزيارة والديها فإنه يسقط حقها من النفقة والقسم ؛ لأنهما يجبان في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، وقد تعذر سببه من جهتها ، فيجب أن تسقط، كما لو سافرت بغير إذنه .

وأما إن كان هو أشخصها، مثل أن بعث بها في حاجة له ، أو أمرها بالنقلة من بلد إلى بلد فحقها باق في القسم والنفقة ، ويقضي لها بحسب ما أقام عند غيرها ، لأن سقوط حقه من الاستمتاع في زمن المسافرة لم يكن من جهتها وإنما كان بسببه ومن جهته ، فلهذا كانت على حقها معه .

مسألة : قال: (وإذا أراد سفراً فلا يخرج معه واحدة منهن إلا بقرعة ، فإذا قدم ابتداء القسم بينهن) خلافاً لمالك في إحدى الروايتين عنه : له أن يسافر بإحداهن بغير قرعة .

دليلنا : ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : « كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه »[(١)] .

ولأن حقوقهن متساوية، فلا مزية لبعضهن على بعض ، فلم يجز له تقديم واحدة على الأخرى بغير قرعة ، كالدار إذا كانت بين أربعة فأرادوا القسمة ، عدلنا السهام فأقرعنا ، ولم نقدم واحداً على صاحبه بغير قرعة ، كذلك هاهنا .

وأما إذا قدم فإنه يبتدئ القسم بينهن ، ولا يحسب على التي كانت معه مدة كونها معه في السفر ؛ لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : « كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه » . ولم

---

(١) سبق تخريجه .

يذكر القضاء ، فثبت أنه لا قضاء .

ولأنه وإن كان قد سكن إليها وآوى معها فقد لحقها مشقة السفر، فلو قلنا : يقضي حصل القضاء لغيرها من غير وجود مشقة، وحصل للمسافر مشقة ، فلهذا قلنا : لا يقضي .

مسألة : قال : (وإذا عرس على بكر أقام عندها سبعاً ثم دار، ولا يحتسب عليها لما أقام عندها ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ، ولا يحتسب عليها أيضاً بما أقام عندها) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يقسم للبكر سبعاً ، وللثيب ثلاثاً ويقضي .

دليلنا : ما روى أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «للبكر سبعاً ، وللثيب ثلاثاً»[1] .

وحقيقة الإضافة تقتضي اختصاصها بذلك ، ومن أوجب القضاء لا يختصهما به .

وروي أن النبي ﷺ قال لأم سلمة حين تزوجها : « إن شئت سبعت لك عندك ، و سبعت عندهن ، وإن شئت ثلثت عندك ودرت إليهن »[2] وخيّرها بين الأمرين ، وأخبر أن السبع تقضى ، وذكر الثلاث ولم يذكر القضاء ، فعلم أنهما يختلفان في ذلك .

ولأن الرجل إذا تزوج امرأة جديدة فإنه يحتاج أن يؤنسها ويبسطها حتى تزول الحشمة بينهما ، فوجب أن يختص بمدة يقيم عندها فيها ويختص بذلك، فتأنس وتزول الوحشة والحشمة ، ولهذا جعلنا قسمة البكر أكثر من الثيب ،

---

(١) أخرجه مسلم بنحوه في الرضاع (١٤٦٠) عن أم سلمة ، (١٤٦١) عن أنس .

(٢) أخرجه مسلم في الرضا بنحوه (١٤٦٠-٤٢) .

لأنها تحتاج من المؤانسة وزوال الحشمة إلى أكثر مما تحتاج إليه الثيب .

ولأن الاستمتاع الذي يحصل من الجديدة أوفر مما يحصل له من غيرها، فوجب أن يختص بفضيلة القسم ، كما اختصت الحرة فضيلة القسم على الأمة؛ لأن استمتاعه بالحرة أوفر .

مسألة : قال : (وإذا ظهر من المرأة ما يخاف من نشوزها وعظها، فإن أظهرت نشوزاً هجرها ، فإن ردعها وإلا له أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحاً) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : له ضربها في ابتداء النشوز .

دليلنا : قوله ﷺ : « لا تضربوا إماء الله » [1] . وهذا عام في كل الأحوال.

ولأن الغرض من ضربها ردعها وزجرها ، فإذا كان يمكن ذلك بدون الضرب وهو الهجران لم يجز الضرب ، كما إذا ظهر منها أمارات النشوز لم يجز ضربها وقام الوعظ مقام ذلك ، يبين صحة هذا : أنه إذا هجم على منزله رجل فإنه يدفعه بأسهل ما يندفع ولا يقصد قتله ؛ لأن الغرض دفعه عنه، كذلك هاهنا.

فأما قوله تعالى : ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء : ٣٤] قال : فظاهر الآية يقتضي تعلق هذه الأحكام عند أمارات النشوز ، وتقديرها : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، فإن نشزن فاهجروهن ، فإن تكرر منهن النشوز فاضربوهن .

مسألة : قال : (والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة وخشي أن يخرجهما ذلك العصيان بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها مأمونين برضى

---

(١) أخرجه أبوداود في النكاح (٢١٤٦) ، وصححه السيوطي في الجامع الصغير (٢/ ٢٠١) . وقال الألباني : صحيح .

الزوجين وتوكيلهما أن يجمعا – إن أرادا الجمع – ، أو يفرقا ، فما فعلا من ذلك لزمهما) خلافاً لأحد القولين للشافعي في قوله : يكون ذلك بحكم الحاكم ، ولا يفتقر إلى رضى الزوجين .

دليلنا : أن علياً رضي الله عنه جاءه رجل وامرأة مع كل واحد منهما فئام من الناس – يعني جماعة من الناس – فقال علي عليه السلام : ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، ثم قال للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما[1] أن تفرقا فرقتما . فقالت الزوجة : رضيت بكتاب الله عز وجل حكماً علي ولي . وقال الزوج : رضيت بما صنعتما . قال : رضيت إن جمعا ولا أرضى إن فرقا . فقال علي عليه السلام : لا أو ترضى كما رضيت[2] .

فمنه دليلان : أحدهما : أنه خاطب الزوجين وأهلهما، فقال : ابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها ، فعلم أن ذلك متعلق برضاهما .

ولأن الشقاق بين الزوجين إنما هو تعدي بعضهما على بعض، ودخول ضرر عليهما ، ولا يفرق بينهما بغير رضاهما ، كما أن الإعسار بالنفقة فيه ضرر على الزوجة ، ولا يملك الحاكم ذلك إلا برضاهما، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه نفسها ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفدي نفسها) وذلك لقوله تعالى : ﴿وَلَا يَحِلُّ

---

(١) في (س) : أردتم .

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٤٦٧٨) ، والشافعي في المسند (ص٦٥٣)، والدارقطني في سننه (٣/ ٢٩٥)، والبيهقي (٧/ ٣٠٥) وقال الحافظ في التلخيص (٣/ ٢٠٤) : « إسناده صحيح » .

لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] .

فرفع الجناح عنهما بالفداء عند الخوف من ترك إقامة الحدود ، فدل على جواز ذلك .

وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة »[١] ، دليله : أنه لا يحرم ذلك عليها من البأس، وإن كانت مبغضة له وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية به فهو بأس، فلم يحرم عليها .

وأيضاً قصة جميلة بنت سلول حين أتت النبي ﷺ فقالت : والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقال لها النبي ﷺ: « تردين عليه حديقته ؟ » قالت : نعم . فأمره النبي ﷺ أن يأخذ حديقته ولا يزداد[٢] . ولم ينهها عن بذلها ذلك وطلبها الخلع ، فدل على جواز ذلك.

مسألة : قال : (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها) إنما لم يستحب له أخذ الزيادة على ذلك لما ذكرناه في قصة جميلة وقوله ﷺ له : «خذ حديقتك ولا تزدد » فنهاه عن الزيادة ، وأقل أحوال الزيادة النهي أن يكون نهي استحباب وتنزيه ، لأن في الزيادة على صداقها دخول الضرر من وجهين :

أحدهما : أنها تفقد زوجها .

---

(١) أخرجه أبوداود في الطلاق (٢٢٢٦)، والترمذي في الطلاق (١١٨٧)، وقال: حديث حسن . وابن ماجه في الطلاق (٢٠٥٥) ، وحسنه السيوطي في الجامع الصغير (١/ ١١٨) . وقال الألباني : صحيح .

(٢) سبق تخريجه .

والثاني : أنه يلزمه زيادة على ما حصل لها من غير عوض بضعها ، فلم يستحب ذلك .

ولأن الخلع بمثابة الإقالة ؛ لأنها مستقيلة من النكاح ، والإقالة في البيع إنما تقع بقدر الثمن لا زيادة عليه ، كذلك الخلع .

مسألة : قال : (وإذا خالعته بغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع) .

يعني به أنه إذا لم تكن مبغضة له فإنه يكره لها أن تدعوه إلى الخلع ، وأن تبذل له عوضاً على ذلك ؛ لأن الله تعالى علق جواز الخلع وأخذ العوض عليه عند الخوف أن لا يقيما حدود الله ، فدل على أن مع إقامة الحدود لا يجوز .

وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة »[1].

فإذا كانت صالحة الحال مستقيمة ، وليس هناك بأس ، فهي داخلة تحت الوعيد ، فإن خالعا مع استقامة الحال فالخلع واقع ، خلافاً لعطاء والزهري والنخعي في قوله: لا يصح إلا إذا خافا أن لا يقيما حدود الله لحقوق الزوجية .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء : ٤] وقد طابت نفسها في هذه الحال ، فهي على العموم .

مسألة : قال : (والخلع فسخ في إحدى الروايتين عن أبي عبدالله رحمه الله، والرواية الأخرى أنه تطليقة بائنة) .

وفائدة الخلاف : أنا إذا قلنا : فسخ ، فمتى عادت إليه تعود على طلاق ثلاث ، وإن قلنا : هو طلقة تعود على طلقتين .

---

(١) سبق تخريجه .

فإن قلنا : هو فسخ ، وبه قال الشافعي فوجهه : ما روي في قصة ثابت بن قيس أن النبي ﷺ قال : « تردين عليه حديقته » ، وفرق بينهما ، فلو كان الطلاق قد وقع لم يكن للفرقة تأثير .

وروي عن ابن عباس أنه قال : الخلع تفريق وليس بطلاق [١] .

ولأنه يوقع فرقة لا تختص بزمان ، فكان فسخاً، كفسخ الرضاع والارتداد.

أو نقول : نوع فرقة لا يثبت بها رجعة بحال ، فكان فسخاً كفسخ الأمة إذا أعتقت تحت عبد ، وعكسه الطلاق ؛ لأنه يختص بزمان الطهر دون الحيض ويملك الرجعة .

وإذا قلنا هو طلاق ، وبه قال أبو حنيفة فوجهه : ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنهما قالا : « الخلع طلاق » [٢] .

ولأنها فرقة متعلقة بسبب من جهة الزوج يختص بالنكاح ، فوجب أن يكون طلاقاً ، كما لو قال [٣] : أنت طالق على ألف درهم .

ولأنه لو كان فسخاً لما صح بغير العوض الذي عقد النكاح به ، وبغير لفظه، كالإقالة ، فلما صح ذلك ثبت أنه ليس بفسخ للعقد الأول ، كبيع السلعة دفعة ثانية .

ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يعتبر حكمه بالنية، كالرضاع ، والردة ، ووطء أم المرأة ، وشراء الزوجة ، فلو كان الخلع فسخاً لم يعتبر حكمه بالنية، فلما اتفقنا على أنه لو نوى به الطلاق كان طلاقاً ولم يكن فسخاً ، كذلك إذا لم ينوه .

---

(١) انظر : سنن الدارقطني (٣/ ٣٢٠) ، ومصنف ابن أبي شيبة (١٨٧٦٦) (١٩٥٦٦).

(٢) انظر : سنن البيهقي (٧/ ٣١٥) ، ومصنف ابن أبي شيبة (١٨٧٦٣) .

(٣) في (س) : قالت .

مسألة : (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يلحقها طلاق ما كانت[1] في العدة .

دليلنا : ما روي عن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما أنهما قالا : « لا يقع بالمعتدة طلاق »[2] .

ولأن كل من يلزمه الحد بوطئها مع العلم بحالها ، لم يلحقها طلاقه ، كالمطلقة قبل الدخول .

أو نقول : كل من لم يستبح نكاحها إلا بنكاح صحيح لم يلحقها طلاقه ، دليله ما ذكرنا .

وقد يجمع بينهما معاني ، منها أن خصائص النكاح من الظهار ، والإيلاء والرجعة ، وغير ذلك لا يلحقها ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (ولو قالت له : اخلعني على ما في يدي من الدراهم ، ففعل فلم يكن في يدها شيء لزمها له ثلاثة دراهم) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: هذا عوض مجهول، فيستحق مهر المثل .

دليلنا : أن جهالته ليست بأكثر من جهالة مهر المثل ، والخلع على مهر المثل جائز ، كذلك على ما في يد زوجته .

ولأن الجهالة في العقد تصح أن تملك بالوصية والهبة، فصح أن يكون بذلاً له في الخلع ، كالأعيان ، فإذا لم يكن في يدها شيء لزمها ثلاثة دراهم؛ لأن قولها دراهم اسم جمع، وأقل ما يقع عليه الجمع ثلاثة ، فلهذا لزمها ثلاثة دراهم ، وقد قال أحمد رحمه الله : لو وصى أن يخرج عنه كفارات، فأقل ما

---

(١) في (س) : ما كنت .

(٢) رواه الشافعي في مسنده (١٣٥ سندي) .

يقع عليه الاسم ثلاث كفارات .

مسألة : قال : (ولو خالعها على غير عوض كان خلعاً ولا شيء له) خلافاً للشافعي رحمه الله، وإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله : لا يكون خلعاً ويكون طلاقاً رجعياً .

وجه ما نقله الخرقي : أن الخلع بينونة فسخت بغير عوض ، كالطلاق الثلاث ، والطلقة الواحدة قبل الدخول .

ولأنه لفظ بالخلع مع سلامة الحال ، ومطالبتها بالفراق، فصح كما لو كان على عوض .

ولأن معنى الخلع أن يوجد من المرأة زهد في زوجها فتسأله فراقها ويمتنع عليها ، فإذا أجابها فقد حصل المعنى المبتغى بالخلع ، فإن شاء خلعها بغير عوض أو بعوض ، ووقعت البينونة بحصول المعنى فيه .

ولأنه [لو] [1] قال : طلقتك على ألف ، فقالت الزوجة : بل خلعتني على غير عوض. فإن البينونة حاصلة، وعلى المرأة اليمين (إن)[2] لم يوجد عوض.

فلو كان ذلك شرطاً في صحة الخلع لم يصح ، فلما صح في ذلك الموضع، كذلك هاهنا .

ووجه الرواية الثانية : أنه لفظ عرى عن عوض، فلم يكن فسخاً ، دليله : لفظ الطلاق ، يبين صحة هذا : أن الخلع إنما صار فسخاً لأجل البدل ، فإذا تعذر وجب أن يكون طلاقاً .

ولأن كل طلاق إذا كان بعوض فهو الخلع ، وإن لم يكن بعوض فهو

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

(٢) في (س) : فإن .

الطلاق، فعلم أن معنى الخلع بالعوض.

ولأن الطلاق وضع لمعنى، والخلع لمعنى، فالاسمان لمعنيين، وأنتم تجعلونهما لمعنى واحد.

ولأن مثال الخلع مثال الكتابة؛ لأن الزوجة تسأله الفراق كما يسأله العبد أن يكاتبه، ثم الكتابة لا تصح بغير عوض، كذلك في باب الخلع وجب أن لا يصح بغير عوض.

مسألة: قال: (وإذا خالعها على ثوب فخرج معيباً فهو مخير بين أن يأخذ أرش العيب أو قيمة الثوب ويرده) لأن الخلع إذا كان بعوض حصل بعقد معاوضة، فيجري مجرى البيع من وجه المبتاع إذا ظهر على عيب في المبيع كان بالخيار بين الرد وأخذ الأرش، كذلك في عوض الخلع.

مسألة: قال: (ولو خالعا على عبد فخرج حراً، أو استحق كان له عليها قيمته) لأنه عوض في مقابلة البضع فلم يبطل العقد بتعذر تسليم البدل، دليله: الصداق في عقد النكاح إذا خرج حراً، أو استحق، فإنه لا يبطل العقد ولا الصداق، ويكون عليه قيمة المسمى، كذلك في باب الخلع، يبين صحة هذا: أن العوض في الخلع يصح أن يكون مجهولاً - على أصلنا - وهو إذا قالت: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، أو على مهر مثلي، كما أن الصداق يصح أن يكون مجهولاً، فيجب أن يتساويا في تعذر تسليم العين و الرجوع إلى قيمتها.

مسألة: قال: (ولو قالت له: طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة لم يكن له شيء ولزمها تطليقة) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: يستحق ثلث الألف.

دليلنا: أنها إذا قالت: طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة لم يحصل غرضها؛ لأن غرضها زوال العصمة بجميع ما يملكه من الطلاق لا ببعضه،

وإذا لم يحصل الغرض لم يستحق العوض ، كما لو قال لها ابتداء : أنت علي كظهر أمي، أو أنت طالق واحدة رجعية، فإنه لا يستحق العوض لعدم الغرض.

ولأنه لو قال لها : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ثلاثاً ، فأعطته ثلث الألف لم تطلق واحدة بثلث الألف ، وكذلك هاهنا .

مسألة : قال (وإذا خالعته الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعاً ، ويتبعها إذا أعتقت بمثله إن كان له مثل وإلا قيمته) .

إنما كان الخلع صحيحاً ؛ لأن أكثر ما فيه أنها قد التزمت ذمتها ديناً بغير إذن السيد ، ومثل هذا لا ينفذ منها بغير إذنه ، ألا ترى أنها لو استدانت بغير إذن السيد وأتلفت ذلك صح منها ، كذلك هاهنا ، إلا أن الدين يتعلق برقبتها على ما نقل الخرقي ، وهاهنا يتعلق بذمتها ، والفرق بينهما أن الدين قد وجد منها إتلاف عين المال ، فهو جناية عليه، فلهذا يتعلق برقبتها كالجراح ، وليس كذلك هاهنا .

ولأنه لم يوجد منها إتلاف لمال الزوج ، وإنما خالعها باختيارها ، فلهذا تعلق حقه بذمتها .

مسألة : قال : (وما خالع به العبد زوجته من شيء جاز، وهو للسيد) .

إنما صح خلعه لأنه مكلف ، وكل من صح طلاقه بغير عوض صح بعوض كالسيد ، ويكون العوض للسيد ؛ لأن اكتساب العبد ملك لسيده ، وهذا من اكتسابه ، فلهذا كان له .

مسألة : قال : (وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع ، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ذلك معتبر من الثلث، وللشافعي في قوله : معتبر ذلك من مهر المثل .

دليلنا على أبي حنيفة : أن الثلث إذا زاد على ميراثه منها بأن يكون في الفريضة ابن يستحق الزوج الربع، فهي متهمة في ذلك ، أو يكون قصدت بالخلع أن يحصل له سهم من مالها يزيد على قدر الميراث ، ولم تجد طريقاً إلى ذلك بهبة أو وصية إلا بالخلع، فلهذا لم يعتبر من الثلث ، ولهذا المعنى قالوا : إقرار الوارث لمورثه لا يصح لأجل التهمة .

وإن كان ميراثه أكثر من الثلث وهو أن لا يكون معه في الفريضة ابن فهي غير متهمة في ذلك ؛ لأنها تقول : لو لم أخالعه على قدر ميراثه ، كان يستحقه بالعقد ، فبالخلع لم أعطه زيادة على ما كان يستحقه ، أو كان العقد باقياً ، فلهذا كان معتبراً .

والدلالة على الشافعي : هو أن اعتبار مهر المثل في هذا الموضع لا معنى له لأنه ليس في مقابلته ما يقوم به ؛ لأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، فما تبذله المرأة في مقابلته فإنما هو في مقابلة ما لا قيمة له، كالهبة، فكان يجب أن تكون في الثلث كالهبة، لكن اعتبرنا قدر ميراثه ، لأنها متهمة في الزيادة عليه من الوجه الذي ذكرنا ، وهي غير متهمة في قدر الميراث ؛ لأنها تقول : لو لم أخالعه كان يستحق قدر الميراث، فبالخلع لم أعطه زيادة عليه .

والدلالة على أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له : أن رجلاً لو طلق امرأته في مرضه لم يعتبر من الثلث، ولم تضمن لورثة الزوج من قيمة بضعها شيئاً، ولو كان لخروجه من ملكه قيمة لوجب إذا لم يكن للمتزوج مال أن [1] تضمن ثلثي قيمة بعضها ، كما لو أعتق عبداً في مرضه لا مال له غيره أن يضمن ثلثي قيمته لورثة المولى، وكذلك لو خلع ابنته الصغيرة على مالها لم يلزمها الخلع.

---

(١) في (س) : (فلن أن يضمن) ويظهر لي صحة ما أثبت .

ولو كان لخروجه من ملكه قيمة لوجب أن يلزمه البدل ، كما لو اشترى لها شيئاً بمالها ، وكذلك لو قتلها قاتل لم يلزمه للزوج قيمة بضعها ، وإن كان قد أتلفه عليه وأخرجه من ملكه ، وكذلك لو ارتدت هي بعد الدخول لم تضمن للزوج شيئاً ، وإن كانت قد أتلفت عليه البضع وأخرجته عن ملكه ، فدل على أن لا قيمة لخروجه من ملكه .

مسألة : قال : (ولو طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها) .

معنى هذه المسألة أن الوصية باطلة ؛ لأنها وارثة ، والوارث لا وصية له، لأن البينونة في المرض على أصلنا ترث نصيبها ، فللورثة أن لا يعطوها أكثر من الميراث ، معناه أنها تستحق الميراث، وما زاد عليه للورثة منعه ؛ لأنه يحصل وصية لوارث ، والوصية لوارث لا تصح إلا أن يجيز الورثة ذلك، وإنما ذكرنا الوصية هاهنا لنبين إبطالها، وأنها ترد إلى قدر الميراث ؛ لأنها لو كانت صحيحة لاعتبرت من الثلث لا بقدر الميراث .

مسألة : قال : (ولو خالعته بمحرم وهما كافران وقبضته ثم أسلما أو أحدهما لم يرجع عليها بشيء) وذلك لأن وقت القبض كان يعتقد أن ذلك مال في حقها ، فلهذا حكم بصحة العقد، ولم يكن له الرجوع عليها ؛ لأنا لو قلنا: يرجع، ولا يقارن على ما تقابضوه أدى إلى تنفيرهم أو منعهم من الإسلام.

* * *

كتاب الطلاق

الطلاق : أخذ موضوع للإطلاق من الحبس ؛ لأن المرأة في حبس الرجل، فهو موضوع للإرسال وإزالة القيد ، ولهذا يقال : طلقت إبلي، وأطلقت المحبوس ، ولهذا قال الحسن : من طلق الدنيا وهو راض غير ساخط كان له كيت وكيت .

والطلاق والإطلاق واحد في المعنى ، وإنما خولف بين العبارتين؛ لأنهما يستعملان في معنيين مختلفين ، وهذا كما يقال : حصان، وحصان مأخوذ من المنع إلا أنه يقال : فرس حصان، وامرأة حصان ، وكما يقال : عدل وعديل ؛ لأن كل واحد منهما مأخوذ من المعادلة ، وأحدهما يستعمل في الآدمي والآخر في المتاع ، كذلك يقال : أطلقت وطلقت ، وكذلك يقال : أطلقت إبلي ، وأطلقت المحبوس ، وطلقت امرأتي ، وطلقت صديقي .

وهو في الشريعة : عبارة عن نقصان عدد يوجب زوال الملك عن الإطلاق، ويوجب رفع الاستباحة إما في الحال أو في التأني .

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] .

وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق : ١] معناه : أي مستقبلات لعدتهن .

وروى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها [١] .

---

(١) أخرجه النسائي في الطلاق (٣٥٦٠) . قال الألباني : صحيح .

وعن ابن عمر قال : كانت لي زوجة وكنت أحبها ، فقال لي أبي : طلقها . فأتيت النبي ﷺ فأخبرته بذلك ، فأمرني أن أطلقها فطلقتها [١] .

مسألة : قال : (وطلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع واحدة، ويدعها حتى تنقضي عدتها) ظاهر هذا أن طلاق السنة واحدة فقط ، ولا يطلق في كل طهر طلقة ، فإن فعل فالأولى للسنة والأخريان للبدعة ، وقد نص أحمد رحمه الله على هذا في رواية إسحاق بن إبراهيم [٢] وهو قول مالك .

وقال أبوحنيفة: طلاق السنة أن يطلق ثانياً في كل طهر طلقة قبل الجماع [٣] .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق : ١] وذلك يقتضي أن يطلق طلاقاً يوجب عدة ، وهذا الطلاق الثاني والثالث لا يوجب عدة، فكان موقعاً على خلاف الوجه المأمور به ، ولأنه قال عقيبه : ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ۝١ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق :١-٢] وذلك يفيد ما دون الثلاث ، لأن الثلاث لا رجعة فيها .

ولأنه أراد طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة ، أصله : إذا طلق في الطهر الواحد ثلاثاً .

ولأنه طلاق لمدخول بها لا يوجب عدة فلم يكن للسنة، أصله : ما ذكرناه.

مسألة : قال : (ولو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه كان أيضاً للسنة، وكان

---

(١) أخرجه أبوداود في الأدب (٥١٣٨)، والترمذي في الطلاق (١١٨٩) . قال الألباني: حسن .

(٢) هو إسحاق بن إبراهيم بن هانئ النيسابوري، أبويعقوب، نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة، توفي ببغداد سنة خمس وسبعين ومائتين للهجرة النبوية . انظر: طبقات الحنابلة (١/ ١٠٨) .

(٣) تعريف المؤلف لطلاق السنة عند الحنفية غير دقيق فقد عرف الحنفية طلاق السنة بأن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار . انظر : شرح فتح القدير (٣/ ٤٦٩).

تركاً للاختيار) .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الطلاق الثلاث في طهر واحد، فروي عنه أنه مباح، وهو اختيار الخرقي، وهو قول الشافعي رحمه الله .

وروي عنه أنه بدعة ، وهو قول أبي حنيفة ومالك، وهو اختيار أصحابنا؛ لأن أحمد رحمه الله قال : كنت أذهب إلى أن الثلاث سنة .

وجه ما نقله الخرقي : ما روي عن النبي ﷺ أنه « لاعن بين العجلاني وزوجته » فلما تلاعنا قال الزوج : إن أمسكتها فقد كذبت عليها هي طالق ثلاثاً[1] . فقال النبي ﷺ « لا سبيل لك عليها »[2] .

فموضع الدلالة : أن العجلاني طلق في وقت لم يكن له أنه يطلق ، وطلق ثلاثاً ، فبين له النبي ﷺ حكم الوقت ولم يبين له أنه ليس له أن يطلق في هذه الحال ، ولم يبين له حكم العدد ، فلو كان محرماً لبينه .

ولأن كل وقت جاز ارتفاع الطلقة فيه جاز ارتفاع الثلاث فيه ، كما لو استبان حملها .

ولأنه طلاق في عدة من غير ريبة ، فكان مباحاً كالطلقة الواحدة .

ووجه الرواية الثانية في أن الثلاث في طهر واحد للبدعة: قوله تعالى : ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق :١] فأمر بالطلاق للعدة، وقرنه بما دل على أن المراد به الطلاق الرجعي بقوله : ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ أي ندماً ، فلا يكون للمطلق طريق إلى تلافيه بالارتجاع ، ثم

(١) روى قصة لعان عويمر العجلاني : البخاري في الطلاق (٤٩٥٩)، ومسلم في اللعان (١٤٩٢) عن سهل بن سعد .

(٢) رواه البخاري في الطلاق (٥٠٠٦)، ومسلم في اللعان (١٤٩٣) في سياق آخر عن ابن عمر.

وصفه بما يقتضي المأثم وهو قوله تعالى : ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ فدل على ما قلناه .

وفي حديث الحسن عن ابن عمر أنه قال : يا رسول الله ، أرأيت إن طلقتها ثلاثاً ؟ قال : « إذاً بانت منك وعصيت ربك »[(١)] .

وفي حديث عمرو الأنصاري قال : أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فقام مغضباً وقال : « أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم ؟ »[(٢)] . وهذا نص ؛ لأنه بين أن الغضب لهذا الفعل الذي هو الجمع بين الثلاث في كلمة .

ولأنه لفظ يقع بمجموعه البينونة ، فوجب أن تتفرق آحاده كاللعان .

أو نقول : هو سبب به يحرم البضع لفعله من غير حاجة ، فوجب أن يكون ممنوعاً ، أصله : الظهار .

ولأن الطلاق يتضمن وقتاً وعدداً ، فإذا جاز أن يؤثر المنع في الوقت لحق المرأة ، وهو تطويل العدة عليها ، فمنع من ذلك ، ليزول الضرر عنها، وجاز أن يؤثر في العدد[(٣)] لحق الزوج ، وهو الندم الذي يلحقه، فيزول عنه الضرر بدفعه .

مسألة : قال : (ولو قال لها : أنت طالق للسنة ، وكانت حاملاً أو طاهراً

---

(١) رواه الدارقطني (٤/ ٣١) ، والبيهقي (٧/ ٣٣٠، ٣٣٤) بنحوه .وورد بمعناه من طريق آخر : رواه مسلم في الطلاق (١٤٧١) .

(٢) أخرجه النسائي بنحوه في الطلاق (٣٤٠١) . قال الألباني : ضعيف ، وليس فيه ذكر لعمرو الأنصاري .

(٣) في (س) : العد .

طهراً لم يجامعها فيه وقع الطلاق ، وإن كانت حائضاً لزمها الطلاق إذا طهرت، وإن كانت طاهرة فجامعها فيه ، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق).

فقد بين أن الحالة التي يقع فيها طلاق السنة حالتان : طاهراً لم يجامعها فيه أو حاملاً قد استبان حملها ، وما عداهما من حال الحيض ، أو حال الطهر المجامع فيه فهو زمان الطلاق للبدعة .

والدلالة على أن حالة الحيض حالة البدعة : ما روي عن ابن عمر أنه طلق وهي حائض في زمان رسول الله ﷺ قال عمر : فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال : « مره فليراجعها ، ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، فإن شاء أمسكها ، وإن شاء طلقها قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق النساء لها »[1] .

فإذا كانت العدة التي أمر الله عز وجل أن تطلق لها النساء هو الطهر الذي لم يجامع فيه ، دل على أنه منهي عن ذلك في غير هذه الحال .

ولأن على المرأة في ذلك ضرراً وهو تطويل العدة عليها ؛ لأن الإقراء بالحيض على ظاهر المذهب ، وهي لا تعتد بهذا القروء ، فتطول العدة عليها بإسقاطه ، فلهذا لم يجز إيقاعه فيه .

وأما الطهر المجامعة فيه ، فالدلالة على أنه ليس بوقت لطلاق السنة : ما روي في حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض ، فسأل عمر النبي ﷺ فقال : « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فإن شاء أمسكها ، وإن

---

(١) أخرجه البخاري في التفسير (٤٦٢٥)، ومسلم في الطلاق (١٤٧١) .

شاء طلقها قبل أن يمس »[1] .

ولأنه إذا طلق بعد أن مسها لم يأمن الندم ؛ لأنها قد تكون حاملاً فيندم على طلاقها ، لأن الإنسان قد يطلق الحائل ولا يطلق الحامل التي قد صارت أم ولد .

ولأن فيه تلبيساً للعدة عليها ؛ لأنها لا تدري بماذا تعتد، بالأقراء أو بالحمل، فإذا كان فيه تلبيس عليها وجب أن تسلم منه .

وإذا ثبت أن حال الحيض والطهر المجامع فيه ليس بزمان لطلاق السنة ، فإذا قال : أنت طالق للسنة ، فإن كانت طاهراً طهراً لم يصبها فيه وقع الطلاق في الحال ؛ لأن هذا وقت[2] طلاق السنة ، وإن كانت حائضاً لم يقع في الحال حتى تطهر من الحيضة فيقع عليها ؛ لأن الحيض ليس بزمان للسنة ، وقد علق طلاقها بصفة وهو زمان السنة ، فلهذا وقف الطلاق مجيئه، وكذلك إن كانت طاهراً قد جامعها فيه أخر طلاقها حتى تطهر من الحيضة المستقبلة ، لأنه حيئذ يعلم براءة رحمها من ذلك الوطء الأول ؛ فلهذا تأخر الطلاق لما بعده .

مسألة : قال : (ولو قال لها : أنت طالق للبدعة وهي طاهر لم يقع الطلاق حتى يصيبها فيه أو تحيض) وذلك أنا قد بينا أنها إذا كانت طاهراً لم يصبها فيه فهو زمان لطلاق السنة ، وقد علق طلاقها للبدعة فلهذا لم يقع في الحال وتأخر حتى يطأها أو تحيض فيخرج زمان السنة ويحصل في زمان طلاق البدعة .

مسألة : قال : (ولو قال لها وهي حائض (ولم)[3] يدخل بها: أنت طالق

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (س) : الوقت .

(٣) ما بين القوسين ساقط من المخطوط .

للسنة طلقت من وقتها، لأنها لا سنة فيها ولا بدعة).

إنما لم يكن زمان الحيض في غير المدخول بها زماناً للبدعة؛ لأنا منعنا من طلاق المدخول بها حال حيضها، وفي طهر جامعها فيه، لأنه لا تكثر فيه العدة وتلتبس عليها ويندم على طلاقها، وهذا معدوم في غير المدخول بها، فإنه لا عدة عليها ولا خوف الندم، فلهذا لم يكن ذلك زماناً للبدعة، ولم يكن في حقها زماناً للبدعة؛ لأن طلاق البدعة ما طالت به العدة، وهذا لا يوجد فيها.

مسألة: قال: (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع) وعن أبي عبدالله رحمه الله في السكران روايات، أحدها: لا يقع، والثانية: يقع، والثالثة: توقف عن الجواب. ويقول: اختلف فيه أصحاب رسول الله ﷺ[1].

أما من زال عقله بغير سكر كالجنون، والإغماء، والأبله[2]، فلا يقع طلاقه؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى ينتبه»[3].

وروي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «كل الطلاق جائز إلا طلاق

---

(١) الرواية التي تقول بأن طلاق السكران يقع هي المذهب، اختارها أبوبكر الخلال. انظر: الإنصاف (٨/ ٤٣٣، ٤٣٤).

(٢) الأبله: بيّن البله والبلاهة غافل أو أحمق لا تمييز له. انظر: القاموس المحيط: باب الهاء فصل الباء.

(٣) رواه أبوداود بنحوه في الحدود (٤٣٩٨)، والنسائي في الطلاق (٣٤٣٢)، وابن ماجه في الطلاق (٢٠٤١) عن عائشة. قال الألباني: صحيح.

ورواه أبوداود بنحوه في الحدود (٤٤٠١)، والترمذي في الحدود (١٤٢٣)، وابن ماجه في الطلاق (٢٠٤٢) عن علي. قال الألباني: صحيح.

المغلوب على عقله»[1].

وأما السكران : فإن قلنا : يقع طلاقه ، وهو قول علي رضي الله عنه وأكثر الفقهاء[2] ، فوجه : أن السكران مكلف في حال سكره، يدل عليه قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] فخاطبهم في حال سكرهم .

وعن علي كرم الله وجهه أنه قال في السكران : (حده)[3] ثمانين وعشرين ؛ لأنه إذا سكر هذي وإذا هذي افترى ، فأحدّه ثمانين لسكره وعشرين لافترائه[4].

فلولا أنه مكلف في حال سكره لم يكن لافترائه حكم واقع ، وإذا ثبت أنه مكلف ، فنقول : طلاق من مكلف صادف ملكاً ، فوقع الطلاق إذا لم يكن مكرهاً ، دليله : غير السكران .

وإذا قلنا : لا يقع ، وبه قال عثمان رضي الله عنه ، والمزني فوجهه : أنه زائل العقل ، فلا يقع طلاقه كالمجنون .

---

(١) أخرجه الترمذي في الطلاق (١١٩١) . وقد ضعفه السيوطي في الجامع الصغير (٣/ ٩٣) . قال الألباني : ضعيف جداً .

(٢) منهم سعيد بن المسيب، والحسن بن إبراهيم، والزهري، والأوزراعي، والثوري، ومالك ، وأبوحنيفة، وعن الشافعي قولان الأرجح وقوعه ، وعند الحنابلة ثلاث روايات ، المذهب وقوعه . انظر : المغني لابن قدامة (٧/ ١١٤، ١١٥) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من المحقق .

(٤) أخرجه غير واحد ؛ منهم مالك في الموطأ (٢٤٤٢) ، والنسائي في الكبرى (٥٢٨٨)، والشافعي في مسنده (٢٩٣)، والدارقطني (٣/ ١٦٦) ، ولم أقف على تخريج أحد للعشرين: حد الفرية .

ولما توقف أحمد رحمه الله عن الجواب في بعض الروايات فلأن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا فيه ، فعليّ يقول : يقع طلاقه ، وعثمان يقول : لا يقع ، فلم يقع له الترجيح .

مسألة : قال : (وإذا عقل الصبي الطلاق وطلق لزمه) . خلافاً لأكثرهم في قولهم : لا يقع . وقد نقل أبو طالب عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « زوجوهم واكتموهم النكاح »[1] .

ولا فائدة في كتمان النكاح إلا خوفاً أن يقدموا على الطلاق فيلزمهم .

ولأنه يعقل الطلاق، دليله : وقوع طلاقه كالبالغ .

ولأنه يصح إسلامه وتدبيره ووصيته، فصح طلاقه كالبالغ .

ولأنا قد دللنا أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، فيجب أن ينفذ من الصبي (لأن البضع)[2] لا قيمة له ، فلم يحجر عليه فيه .

ووجه الثانية : قوله ﷺ : « رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ »[3] .

ولأنه غير مكلف ، فلم يصح طلاقه كالطفل والمجنون .

مسألة : قال : (ومن أكره على الطلاق لم يلزمه) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقع الطلاق .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « عفي لأمتي الخطأ والنسيان وما

---

(١) لم أقف عليه ، لكن ورد عن علي رضي الله عنه بلفظ « اكتموا الصبيان النكاح » رواه ابن أبي شيبة (١٨٢٤١، ١٨٢٤٢) ، والبيهقي في المعرفة (٤٧٢٤) .

(٢) ما بين القوسين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

(٣) سبق تخريجه .

استكرهوا عليه »[1] .

وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»[2] . قال أبوعبيد : هو الإكراه .

وروي عن علي[3] وابن عباس : « ليس لمكره طلاق »[4] .

ولأنه لفظ محمول عليه بغير حق فلم يلزمه حكمه ، دليله : لو أكره على الإقرار بالطلاق ، فإنه لا يلزمه بلا خلاف ، كذلك هاهنا .

ولأنه طلاق قارنه ما يدل على قصده ، بمعنى لا يأثم به ، فلم يقع ، دليله : الجنون ، ولا يلزم عليه السكران ؛ لأنه يأثم بذلك .

مسألة : قال : (ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب، مثل الضرب والخنق ، أو عصر الساق ، ولا يكون التوعد إكراهاً) ، خلافاً للشافعي في قوله: التوعد إكراه .

وقد روى الكوسج[5] وأبوعبدالله محمد بن عبدالرحمن

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الطلاق (٢٠٤٥) . وهذا الحديث صححه السيوطي في الجامع الصغير (٢/ ٢٤) . وقال الألباني : صحيح .

(٢) روه أبوداود في الطلاق (٢١٩٣)، وابن ماجه في الطلاق (٢٠٤٦). قال الألباني: حسن .

(٣) أثر علي رواه البيهقي بنحوه (٧/ ٣٥٧) ، وابن أبي شيبة (١٨٠٢٧) .

(٤) أخرجه البيهقي في سننه (٧/ ٣٥٨) ، وابن أبي شيبة في مصنفه (٧/ ١٨٨/ ١)، وسعيد بن منصور (١١٤٣) .

(٥) هو إسحاق بن منصور ، أبويعقوب الكوسج المروزي ، روى عن الإمام أحمد وسفيان بن عيينة وغيرهم ، وعنه البخاري وأبوحاتم وغيرهم . قال فيه مسلم والنسائي: ثقة ثبت . وقال الخلال: إسحاق الكوسج رجل رفيع مشهور من أصحاب أبي عبدالله قديماً . وقال الخطيب: كان فقيهاً عالماً . توفي في جمادى الأولى سنة ٢٥١هـ . انظر : طبقات الحنابلة (١/ ١١٣)، وتهذيب التهذيب (١/ ٢٤٩) ، وتاريخ بغداد (٦/ ٣٦٢) .

الشالي[1] عن أحمد مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : أن التوعد غير متحقق ؛ لأنه يجوز أن يوقع الوعيد ويجوز أن لا يوقع به ، وليس كذلك إذا لحقه الضرب ؛ لأنه قد تحقق العذاب؛ فلهذا كان مكرهاً ، يبين صحة هذا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أما بلال فبلال ، وأما أنت يا عمار فإن عادوا فعُدْ »[2] . وذلك لأن المشركين أسروا قوماً من المسلمين فيهم عمار وبلال ، ودعوهم إلى كلمة الكفر، وأكرهوهم على ذلك بالعذاب ، فصبر بلال ولم يجب ، وأجاب عمار ، فقال النبي ﷺ : «أما بلال فبلال » على طريق المدح حيث صبر، فقال لعمار : « إن عادوا فعد » يعني إن عادوا لضربك فعد لما قالوا . فظاهره: أنه عذر لما لحقه من العذاب .

ولأنه توعد بالعذاب، فلم يكن ذلك إكراهاً ، دليله : لم يكن المتوعد سلطاناً ولا قاهراً متغلباً .

ووجه الثانية : أن التوعد إذا كان ممن له يد غالبة فالظاهر وقوع ذلك المتوعد به عند المخالفة ، فيجب أن يقوم مقام الفعل ؛ لأنا نعلم حصوله في الظاهر .

* * *

(١) يروي عن الإمام أحمد رحمه الله . انظر : طبقات الحنابلة (١/ ٣٠٥) .

(٢) أخرجه الطبري في تفسيره (١٤/ ١٨٢)، والحاكم (٢/ ٣٨٩) وصححه ، والبيهقي (٨/ ٢٠٨) بقصة لعمار . وليس فيه : (أما بلال فبلال) . قال الحافظ في فتح الباري (١٢/ ٣١٢) : مرسل .

باب تصريح الطلاق

مسألة : قال أبوقاسم رحمه الله : (وإذا قال لها : قد طلقتك ، أو فارقتك ، أو سرحت. لزمه الطلاق) .

معناه أنه يقع بأحد هذه الثلاثة الألفاظ ، سواء نوى به الطلاق أو لم ينوه ، لأنه صريح في الطلاق ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يقع الطلاق بالسراح والفراق إلا بالنية .

فعنده الصريح لفظة واحدة وهو قوله : طلقتك . فأما الفراق والسراح هما كناية : إن نوى بهما الطلاق كان طلاقاً ، وإن لم ينو لم يقع .

دليلنا : أن الطلاق إزالة ملك بني على التغليب ، فلا يقف صريحه على لفظه كالعتق .

ولأن الطلاق يشتمل على صريح وكناية ، فلما لم يقف الكناية على لفظه، كذلك الصريح .

ولأن الفراق والسراح لفظتان ورد القرآن بقطع العصمة بهما بين الأزواج ، فوجب أن يكون صريحاً من غير نية ، دليله : لفظة الطلاق، يبين صحة هذا قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [الطلاق : ٢] ، وقوله : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة : ٢١٩] .

مسألة : قال : (ولو قال لها في الغضب : أنت حرة ، أو لطمها ، وقال : هذا طلاقك، لزمه الطلاق) أما إذا قال لها : أنت حرة في حال الغضب ، أو في الرضى، ونوى به الطلاق، فإنه يكون طلاقاً ؛ لأن الحرية تقتضي التحريم ، بدلالة أنه لو قال لأمته : أنت حرة، حرمت عليه ، فإذا كان يقتضي تحريماً

فالزوجية ينافيها التحريم، بدلالة أنه لا يجوز العقد على من يحرم نكاحها ، فلهذا لزمه الطلاق .

ولما إذا لطمها في حال الغضب ، وقال : هذا طلاقك ، لزمه الطلاق؛ لأن الطلاق يؤلم المرأة غالباً كالضرب ، فإذا شبهه بما له شبهة به وقع ؛ لأن قوله: هذا طلاقك – معناه هذا بمعنى طلاقك – فيكون قد أظهر لفظة الطلاق ، ويجوز مثل هذا إذا كان من جهته ما يدل عليه ، كما لو قال : اعتدّي ، ونوى الطلاق ، معناه: قد طلقتك فاعتدي ، فأضمر لفظ الطلاق لدلالة الكلام عليه، كذلك هاهنا الضرب دلالة على كراهية لها فيها .

مسألة : قال : (وقال أبوعبدالله رحمه الله : وإذا قال لها : أنت خلية ، أو أنت برية ، أو أنت باين ، أو حبلك على غاربك ، أو الحقي بأهلك، فهو عندي ثلاث ، ولكن أكره أن أفتي به) .

ظاهر كلام الخرقي أن الثلاث تقع بهذه الألفاظ: نوى بها الطلاق أو لم ينوه، وهو قول مالك .

وقال أبوحنيفة والشافعي : لا يقع حتى ينوي به الطلاق .

وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : أن هذه الألفاظ قد ثبت لها عرف الشرع وعرف العادة في استعمالها في الطلاق ، فيجب أن يقع الطلاق بمجردها ، دليله : لفظة الطلاق والسراح والفراق ، يبين صحة هذا : ما روي عن النبي ﷺ أنه تزوج امرأة فاستعاذت منه فقال : « الحقي بأهلك »[1] .

ولأن العرب كانت تطلّق بهذه الألفاظ كما تطلق بالطلاق والسراح

---

(١) رواه البخاري في الطلاق (٤٩٥٥) عن عائشة رضي الله عنها .

والفراق، ويفارق هذه الكنايات الخفية ؛ لأنها ما ثبت لها عرف الشرع والاستعمال .

ووجه الرواية الأخرى : أنها من كنايات الطلاق، فاعتبر فيها النية ، دليله : الكنايات الخفية ، مثل قوله : اعتدّي ، واستبرئي رحمك ، واخرجي ، وباب الدار لك مفتوح ، ولا سبيل لي عليك ، ولا سلطان لي عليك ، وتقنعي وتجرعي ، ونحو ذلك ، فإنه لا يلزمه الطلاق بشيء من ذلك إلا بالنية ، أو يكون في حال الغضب وسؤالها الطلاق ، فإذا ثبت أن الطلاق يقع بمجردها على ظاهر ما نقل الخرقي فإنه يقع ثلاثاً سواء نوى به الثلاث أو أقل من الثلاث أو طلق .

وقال الشافعي رحمه الله : يقع ما نواه من واحدة ، أو اثنتين، أو ثلاث ، وإن أطلق النية وقعت عنده واحدة .

وقال أبو حنيفة : إن نوى واحدة فواحدة ، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث ، وإن نوى اثنتين فهي اثنتين .

دليلنا : ما روى مخرمة بن بكير عن أبيه قال : سأل رجل رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله ، إني طلقت امرأتي البتة ، فماذا ترى ؟ فغضب رسول الله ﷺ منها، وكان مما يعرف الغضب في وجه أن تحمر عيناه ، ثم قال : «هي ثلاث تطليقات »[1] .

وروى زاذان عن علي عليه السلام قال : قال النبي ﷺ : « من طلق البتة فقد اتخذ آيات الله هزواً ، وألزمناه ثلاثاً ، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره»[2] .

---

(١) لم أقف عليه .

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠) ، وفي سنده إسماعيل بن أمية القرشي . قال الدارقطني: ضعيف الحديث .

ولأنه إجماع الصحابة : وروي عن علي كرم الله وجهه أنه كان يقول في الحرام والبتة والبائنة وطلاق الحرج : ثلاثاً ثلاثاً [1] .

وروى نافع عن ابن عمر أنه كان يجعل الخلية والبرية والبتة ثلاثاً [2] .

وكذلك نقل عن جابر [3] ، وزيد بن ثابت [4] وهو مستفيض .

ولأن هذه الألفاظ فيها معنى البينونة ؛ لأن قوله أنت خلية ، وبرية ، وحبلك على غاربك ، والحقي بأهلك إيقاع طلاق يتضمن هذه الصفات ، فكأنه قال : أنت طالق طلاقاً تبين مني وأخلو به من (زوجتي) [5] ، ويبرأ أحدنا من الآخر ، وهذا لا يكون إلا ثلاثاً ، فإذا ادعى أنه أراد دون الثلاث كان رجوعاً فيما أوقع ، فلم يقبل منه ، يبين صحة هذا : أن معنى الخلية أن يخلو أحدنا بزوجية الآخر ، وبرية : أن يبرأ أحدنا من الآخر ، وبائن يبين كل واحد منا من صاحبه ، وحبلك على غاربك : مأخوذ من طرح الحبل على رقبة الناقة إذا تركها من يده ، وهذا لا يكون في الواحدة ؛ لأنها بالواحدة لم تخل من يده ، كذلك ألحقي بأهلك معناه : طلاقاً تلحقين به أهلك ، وذلك إنما يكون في الثلاث التي تقطع العصمة وتلحق به الأهل .

وأما قوله : « ولكن أكره أن أفتي به » إنما كره ذلك لأجل الاختلاف

---

(١) رواه الدارقطني (٤/ ٣٢) ، وسعيد بن منصور (١٦٧٨) ، والإمام أحمد بإسناده في العلل (٣/٣٧٨) .

(٢) رواه مالك في الموطأ (٢/ ٥٥٢) ، والشافعي في مسنده (٢٣٠)، والبيهقي (٧/ ٣٤٤) ، وعبدالرزاق (٦/ ٣٥٨)، وابن أبي شيبة (٥/ ٧٠) .

(٣) أثر جابر لم أقف عليه بعد جهد .

(٤) رواه البيهقي (٧/ ٣٤٤)، وابن أبي شيبة (٥/ ٦٨، ٧٠، ٧١) .

(٥) في (س) : زوجتك .

الحاصل في ذلك ، فربما تعارضت عنده المقالتان ، فلم يغلب إحداهما عنده، فتوقف فيه احتياطاً .

مسألة : قال : (وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه) وذلك لأن الصريح هو اللفظ الذي لا يحتمل غيره الطلاق، وهو ما دل على معناه وبنفسه، ولم يحسن أن يستفسر عنه بلفظ آخر ، فإذا قال : أنت طالق، لم يحسن أن يقال له : أي شيء أردت بقولك طالق ؟ كما إذا قال : معي درهم ، فهو صريح في الدرهم ، ولا يحسن أن يستفسر عنه هل أردت الدرهم أم لا؟ ولو قال : معي شيء ، لحسن استفساره ، فإذا وجد منه لفظ الصريح وجب أن يقع بغير نية؛ لأنه لا يحتمل غير (لفظه)[1]، ويفارق هذا الكنايات الخفية مثل قوله : اعتدي، واستبرئي رحمك ، ولا سبيل عليك ، وغير ذلك مما ذكرنا أنه لا يقع بغير نية ؛ لأنه يحتمل غير الطلاق ، ألا ترى أنه يحسن أن يقال له : أردت بقولك اعتدّي لأنك طلقت ، أو أردت به لأعلم هل أنت حامل أو حائل ، أو اعتدي إلى عام على طلاقك إذا طهرت ، وكذلك قوله: باب الدار مفتوح ، بمعنى لأجل الطلاق ، ولأجل زيارة والدتك ونحو ذلك ، وليس كذلك الكنايات الظاهرة مثل الخلية والبرية والبائنة وحبلك على غاربك ؛ لأنه قد ثبت لها عرف الشرع والاستعمال في إيقاع الطلاق (فصارت)[2] كالصريحة .

مسألة : قال : (ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : لا . وأراد الكذب لم يلزمه الطلاق . ولو قال : قد طلقتها ، وأراد الكذب لزمه الطلاق) .

أما قوله : ما لي زوجة ، فهو كناية ؛ لأنه يحتمل ما لي زوجة لي عليها

---

(١) في (س) : ما لفظه .

(٢) في (س) : فصارخت .

طاعة، أو ما لي زوجة صالحة ، ويحتمل ما لي زوجة بمعنى قد طلقتها ، فإذا احتمل هذا لم يكن بمجرده طلاقاً حتى ينويه ، فإذا قال : قد طلقتها فهو لفظ صريح ، فإذا قال: قصدت الكذب لم يقبل منه ، لأنه لفظ الصريح يعتبر لفظه بغير نية .

مسألة : قال : (وإذا وهب زوجته لأهلها ، فإن قبلوها فواحدة يملك الرجعة إذا كانت مدخولاً بها ، وإن لم يقبلوها فلا شيء) خلافاً للشافعي في قوله : لا يقع بذلك طلاق .

دليلنا : إجماع الصحابة : روي عن ابن مسعود : إن قبلوها فواحدة ، وهو أحق بها ، وإن ردوها فلا شيء لها فيها عليه[1] .

وروي عن عبدالله بن عباس لفظان : أحدهما : رواه مسروق عنه إن قبلوها فهي أخته وأخوها ، وإن ردوها فلا شيء عليه [2] . وفي لفظ آخر : إن قبلوها فواحدة بائنة[3] ، وعن علي نحوه [4] .

فقد أجمعوا على وقوع الطلاق مع اختلافهم في صفته .

ولأن الهبة لفظ يقتضي زوال الملك عن الرقبة ، والمنفعة بغير عوض، فجاز أن يكون كناية في الطلاق ، دليله : الحقي بأهلك ، ولا يلزم عليه قوله: بعتك من أهلك . أنه ليس بكناية فيه ؛ لأن لفظ البيع يقتضي زوال الملك بعوض ، ولا

---

(١) رواه عبدالرزاق (١١٢٤١) ، والطبراني في الكبير (٩٦٢٥)، والبيهقي (٧/ ٣٤٨، ٥٧٠)، وسعيد بن منصور (١٥٩٨) .

(٢) لم أقف عليه عن ابن عباس . وما وجدناه : مسروق عن عبدالله .

(٣) رواه الطبراني في الكبير (٩٦٢٦)، وعبدالرزاق (١١٢٤٢) ، وفيهما: مسروق عن عبدالله .

(٤) أخرجه البيهقي (٧/ ٣٤٨، ٥٧١) ، وسعيد بن منصور (١٥٩٧)، وابن أبي شيبة (١٨٢١٧)، وعبدالرزاق (١١٢٣٥، ١١٢٣٧، ١١٢٣٩) عن علي رضي الله عنه .

يكون بيعاً بغير عوض ، وإنما اعتبرنا قبولهم لها في إيقاع الطلاق ؛ لأنه علق الطلاق برضاهم ، لأنه بقوله : وهبتك من أهلك ، تقديره: طلقتك برضا أهلك، كقول القائل : وهبت ثوبي هذا لزيد ، تقديره: إن رضيه .

مسألة : قال : (وإذا قال لها : أمرك بيدك ، فهو بيدها وإن تطاول ما لم يفسخ أو يطأ) خلافاً للشافعي في قوله : ذلك على الفور .

دليلنا : ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في رجل جعل أمر امرأته بيدها: هو لها حتى تتكلم . رواه الحاكم عنه [1] .

ولأنه جعل الأمر إلى غيره فلم يقتض على الفور ، كما لو جعله على أجنبي.

أو نقول : بأن قوله لها: أمرك بيدك . توكيل منه لها في الطلاق، فكان على التراخي ، دليله : لو وكل أجنبي فقال له : أمر زوجتي بيدك . فإنه على التراخي، ويفارق هذا لفظ الخيار، وهو إذا خيرها أن ذلك على الفور أو على المجلس ؛ لأن ذلك ليس بتوكيل ، وإنما هو تخيير ، فاقتضى الجواب بالمجلس ، والذي يدل على صحة هذا : أنه يصح أن يقول لأجنبي : أمر امرأتي بيدك ، ولا يصح أن يقول له: اختيار امرأتي بيدك ، فعلم أن قوله: أمرك بيدك توكيل، لأنه يصح جعله إلى غيره ، ولفظة الخيار ليست بتوكيل .

واحتج أحمد رحمه الله بما روى ابن سالم : أن أمة لبني عدي بن كعب أعتقت ولها زوج فقالت لها حفصة : لك الخيار ما لم يمسك زوجك [2] .

---

(١) ذكر المؤلف أن الحاكم أخرجه، ولم أقف عليه، وأظن أن (الحاكم) تحرفت عن (الحكم) .
ورواه ابن أبي شيبة (١٨٤٢٤) ، وعبدالرزاق (١١٩٤٢)، عن الحكم عن علي : مرسل .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (١٢٥٠)، وابن الجوزي من طريقه في التحقيق (١٦٦٦).

فجعل خيارها على التراخي ، كذلك هاهنا .

وقوله : « ما لم يفسخ أو يطأ » معناه أن للزوج الرجوع في ذلك بالقول ، خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهم : ليس له الرجوع في ذلك .

دليلنا : أنه تمليك ، فأشبه البيع ، ولا خلاف أن البائع لو قال : بعتك هذا العبد . كان له أن يرجع فيه قبل أن يقول المشتري : اشتريت ، كذلك هاهنا ، يبين صحة هذا : أنها لو ردت الأمر ولم تخير نفسها بطل حكم قول الرجل، كذلك إذا رجع فيه الزوج يجب أن يبطل حكمه .

والدلالة على أن وطئه يبطل خيارها : ما تقدم من خبر المعتقة تحت عبد فإنه يبطل بالوطء ، وذكرنا فيها الأثر والمعنى ، كذلك هاهنا ، وكذلك أيضاً إذا وكله في طلاق زوجته ، فإن الوكالة تبطل بالوطء ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا طلقت نفسها ثلاثاً فقال : لم أجعل إليها إلا واحدة، لم يلتفت إلى قوله، والقضاء ما قضت ، وكذلك الحكم إذا جعله في يدها) .

ظاهر هذا أنه لا يصدق في قوله أنه لم يرد الثلاث ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله وإحدى الروايتين عن أحمد : أنه يقع ما نواه ويصدق .

وجه ما نقله الخرقي في اعتبار نية الزوجة دون نية الرجل : إجماع الصحابة، روي ذلك عن خمسة من الصحابة : عثمان ، وعلي ، وابن عباس، وابن عمر ، ومعاوية .

وروي عن عثمان أنه قال : إذا قال أمرك بيدك، فالقضاء ما قضت [1] .

وعن علي: القول ما قالت[2] . وعن ابن عمر أنه قال : إذا طلقت نفسها

---

(١) رواه سعيد بن منصور (١٦١٦)، والبخاري في التاريخ الكبير (٩٧٥) .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (١٦٥٦) ، والبيهقي عن علي رضي الله عنه (٧/ ٣٤٩) . و قال : كذا

ثلاثاً حرمت عليه[١] ، وعن ابن عباس القول ما قالت[٢] . وعن معاوية إذا طلقت نفسها ثلاثاً بانت منه[٣] . فاعتبروا فعلها دون نية الزواج .

ولأنها كناية ظاهرة فكانت ثلاثاً الخلية والبرية ، ويفارق هذا لفظة الخيار؛ لأنها كناية خفية .

ووجه الثانية : وهو القياس أنه ملكها الطلاق، فكان الرجوع في عدده إلى نية الزوج ، دليله : لفظة الخيار .

مسألة : قال : (وإذا خيرها فاختارت فراقه من وقتها فلا خيار لها) .

ظاهره كلامه أنها إن لم تختر عقب قول الزوج خرج الأمر عن يدها ، خلافاً لأبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد: أن لها الخيار ما دامت في المجلس .

وجه ما نقله الخرقي : أن قولها : اخترت جواب لقول الزوج ، فإذا لم يوجد عقيبه خرج من أن يكون جواباً، وصار كلاماً مبتدأ من جهتها غير متعلق بما قبله، فيصير كأنها قالته ابتداء من غير أن يخيرها الزوج ، ألا ترى أنها لو قامت من مجلسها فاختارت نفسها لم يقع شيء ؛ لأنه لم يخرج كلامها عقيب كلام الزوج ، فلم يكن جواباً ؛ لأنها لم تختر نفسها عقيب كلام الزوج ، فلم يصح الخيار، كما لو اختارته بعد قيامها من المجلس .

وجدته وفي إسناده خلل .

(١) رواه البخاري في التاريخ الكبير (٨/ ٦٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ٥٧)، وعبدالرزاق في مصنفه (١١٩٠٩) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة (١٨٠٨٨) ولفظه : «لو قالت : أنا طالق ثلاثاً لكان كما قالت» .

(٣) لم أجده بعد جهد .

ووجه الثانية : ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عهما أنهما قالا : « أيما رجل ملك امرأته أو خيرها فافترقا من ذلك المجلس ولم تختر فأمرها إلى زوجها »[١] .

وفي لفظ آخر عن عمر رضي الله عنه : « إذا خير الرجل امرأته فلم تقض في مجلسها فليس بشيء »[٢] .

وعن عبدالله بن مسعود[٣] وجابر بن عبدالله رضي الله عنهما : « لها الخيار ما دامت في المجلس »[٤] .

ولأنها اختارت نفسها في مجلسها قبل أن تشتغل بعمل يضر ، فصار كما لو اختارت نفسها عقيب التخيير .

مسألة : قال : (وليس لها أن تختار أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك) يعني بالواحدة أن تكون رجعية ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تكون واحدة بائنة .

دليلنا : ما روي عن عمر أنه قال: إذا اختارت نفسها فواحدة وهو أحق بها[٥]، وكذلك روي عن ابن مسعود وعائشة وزيد بن ثابت وعمرو بن العاص[٦] .

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٨٤١٦) .

(٢) لم أجده بعد جد . وانظر ما قبله .

(٣) رواه عبدالرزاق بمعناه (١١٩٢٩) وابن أبي شيبة (١٨٤٣٠)، والطبراني في الكبير (٩٦٥٢).

(٤) رواه عبدالرزاق بمعناه (١١٩٣٥)، وأبوحنيفة في مسنده (٨٧٨) ، ورواه ابن أبي شيبة (١٨٤٥١) ولكن قال : (جابر بن زيد) .

(٥) انظر : سنن البيهقي (٧/ ٣٤٥) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٥٦) ، وسنن الترمذي (٦/ ٢٢٤) . كما ذكر أن له قولاً آخر واحدة بائنة .

(٦) أخرج البيهقي هذا القول عن عمر وابن مسعود . وأما ما روي عن زيد: فقد أخرج البيهقي

ولأنه طلاق مجرد صادف عدة قبل استيفاء العدد فكان رجعياً ، دليله : لو قال أنت طالق .

مسألة : قال : (وإذا طلق بلسانه واستثنى بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء) .

هذه المسألة تحتمل أن يستثنى بعض العدد ، ويحتمل أن يعدل بالطلاق من حال إلى حال ، فأما إن استثنى بعض العدد، فقال: أنت طالق ثلاثاً بلسانه ، وقال بقلبه: ما نويت إلا اثنتين ، سقطت النية ، وبقي الخطاب بحاله ؛ لأن الطلاق بالفظ أقوى من النية ، بدليل أن الطلاق يقع بمجرد اللفظ من غير نية، ولا يقع بمجرد النية من غير لفظ ، فإذا كانت أضعف منه لم يعمل الضعيف في موضع القوي ، وجرى هذا مجرى القياس مع الخطاب ، فإن القياس يعمل في الخطاب بأن يخص بعض العموم، وينقل به الظاهر عن ظاهره ، فأما إذا عارض النص سقط في نفسه ، فإذا كان قوله : أنت طالق ثلاثاً ، خطاب تناول الثلاث قطعاً فقال : نويت به ألا يقع إلا اثنتان ، سقطت النية ؛ لأنها لا تعمل في تغير النص .

وأما إذا عدل بالطلاق من حال إلى حال بالنية ، كقوله: أنت طالق ، وقال: نويت بالطلاق من وثاق ، أو قال : نويت إن دخلت الدار ، أو قال : نويت شهراً. قبل فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه يحتمل ما قاله ، فهو كما لو قال لمدخول بها : أنت طالق . أنت طالق ، وقال : نويت بالثانية إفهامها . قبل منه، كذلك هاهنا ، ولم يقبل منه في ظاهر الحكم ؛ لأنه خلاف الظاهر ، وقد أومأ

عنه ما لفظه « إن اختارت نفسها فثلاث، وإن اختارت زوجها فواحدة ، وهو أحق بها » انظر : سنن البيهقي (٧/ ٣٤٥) . وسنن سعيد بن منصور (١٦٥٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (١٨١٠٠).

أحمد رحمه الله في هذا الموضع إلى أنه يقبل منه ذلك في الحكم؛ لأنه يحتمل ما قاله .

مسألة : قال : (وإذا قال : أنت طالق في شهر كذا وكذا ، لم يقع الطلاق حتى تغيب شمس النهار الذي يلي الشهر المشترط) خلافاً لمالك في قوله : يقع الطلاق في الحال .

دليلنا : أنه علق الطلاق بصفة صحيحة ، فلم يقع قبل وجودها ، كما لو قيل: إذا قدم فلان فأنت طالق. فإنها لا تطلق عنده حتى يقدم ، فإذا ثبت أنه لا يقع في الحال وإنما يقع بدخوله أو جزء من أول ليلة منه ؛ لأنه قد جعل الشهر كله ظرفاً لوقوع الطلاق فيه ، وكل زمان فيه ظرف لوقوع الطلاق بصفة توجد بوجود أول جزء منه يوقع الطلاق .

مسألة : قال : (ولو قال لها : إذا طلقتك فأنت طالق ، فإذا طلقها لزمته اثنتان، ولو كانت غير مدخول بها لزمه واحدة) .

إنما لزمته اثنتان إحداهما بالمباشرة، وهو قوله : أنت طالق ، والأخرى بالصفة، وهو وقوع هذه الصفة ، لأنه علقها بصفة، وهو أن يطلقها، كقوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فقد علق طلاقها بصفة وهو دخول الدار ، وأما إذا كانت غير مدخول بها فإنها تبين بالأولى وهي المباشرة ، ولا تقع الثانية ، لأنها بانت بالأولى ، والثانية تصادفها وهي أجنبية ، ويفارق هذا المدخول بها ؛ لأنها زوجه، فلهذا وقعت عليها الثانية .

مسألة : (قال : (ولو قال لها : إن لم أطلقك فأنت طالق ، ولم ينو وقتاً معيناً ولم يطلقها حتى مات، أو ماتت وقع الطلاق بها في آخر أوقات الإمكان) .

أما إذا طلق ولم ينو وقتاً فإنها على التراخي إلا أن لا حقيقة لها في الأزمان ،

وإنما أصلها الشرط والجزاء ، فإذا لم يكن لها حقيقة في الزمان كانت للفعل ، فيكون بمنزلة: إن لم أطلقك فأنت طالق – معناه إن فاتني طلاقك فأنت طالق – وإذا كان هذا معناه كانت على التراخي إلى آخر أوقات الإمكان ، لأن الصفة توجد في ذلك الوقت ، لأنه علق طلاقه بعدم الطلاق من جهته ، وقد عدم فوجدت الصفة ، فلهذا وقع الطلاق ، فإن نوى بذلك الزمان الفور ، أو وقتاً معيناً تعلقت اليمين بذلك ؛ لأن إطلاق اليمين يقتضي التراخي ، فإذا نوى زماناً معيناً فقد غلظ على نفسه، فلهذا لزمه .

مسألة : قال : (وإذا قال لها : كلما لم أطلقك فأنت طالق ، لزمها ثلاث إن كانت مدخولاً بها) وذلك لأن « كلما » للأزمان ؛ لأن معناه: أي وقت عدم طلاقك فأنت طالق ، فإذا مضى زمان وقعت منه طلقة ، وإذا مضى بعده مثل ذلك وقعت أخرى، فكأنه أوقع ثلاث تطليقات متوالية إن كانت مدخولاً بها، وإن كانت غير مدخول بها وقعت بها تطليقة ولم تقع الثانية والثالثة ؛ لأنها تبين بالأولى ، وذلك أنا قد بينا أن الثانية تقع في زمان بعد زمان الأولى، وكذلك الثالثة ، فتصادفها الثانية والثالثة وهي أجنبية .

مسألة : قال : (ولو قال لها : أنت طالق إن قَدم زيد ، فقُدم به ميتاً أو مكرهاً لم تطلق) .

أما إذا قدم به ميتاً فإنه لا يحنث ، وقال أبوبكر بن جعفر من أصحابنا : يحنث .

وجه ما نقله الخرقي : أن القدوم لم يوجد منه ، وإنما قدم به ، فلهذا لم تطلق لعدم الصفة ، وكذلك إذا قدم به محمولاً أو ماشياً مكرهاً لم يحنث ، لأنه لا يقال : قدم ، وإنما يقال : جيء به ، كما يأخذ السلطان اللصوص يقدم

بهم البلد، لا يقال: قدموا اللصوص، وإنما يقال قدم بهم، كذلك هاهنا.

وجه ما قاله أبوبكر: أن العين التي علق الصفة بها قد قدمت، فيجب أن يقع الطلاق، كما لو قال: أنت طالق إن لم أشرب ماء هذا الإناء في غد، فانقلب، فإنه يتعجل الحنث في الحال، كذلك هاهنا.

مسألة: قال: (ولو قال لمدخول بها: أنت طالق أنت طالق، لزمها تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى فيلزمها تطليقة) وذلك لأن الطلقة الثانية تحتمل أن يكون قصد بها إيقاع الطلاق ثانياً، ويحتمل أن يكون قصد بها إفهامها بذلك، فإذا احتمل الأمرين رجع إلى نيته، كما قلنا في الكنايات الخفية: لما احتملت الأمرين رجع إلى نيته فيها.

مسألة: قال: (وإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق وطالق وطالق، لزمها الثلاث؛ لأنه نسق)، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: تلزمه واحدة.

دليلنا: أن الواو تقتضي الجمع والعطف من غير مهلة ولا ترتيب، فيجب أن تلزمه، فمعناه وقوع واحدة بعد واحدة، وكذلك «ثم» تقتضي الجمع لكن تقتضي الترتيب، والمهلة والتراخي، فلهذا لم يقع بها الثلاث، وما ذكرناه قد حكاه النحويون في كتبهم وقالوا: الواو تقتضي الجمع من غير ترتيب، والفاء تقتضي الترتيب، وثم تقتضي المهلة والتراخي. ويبين صحة هذا: أن الواو لا تقتضي الترتيب، وأن ذلك منقول عن سيبويه وثعلب والمبرد، وقد احتجوا لهم في ذلك بأشياء، منها قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَإِذْ قُلْنَا ٱدْخُلُوا۟ هَٰذِهِ ٱلْقَرْيَةَ فَكُلُوا۟ مِنْهَا حَيْثُ شِئْتُمْ رَغَدًا وَٱدْخُلُوا۟ ٱلْبَابَ سُجَّدًا وَقُولُوا۟ حِطَّةٌ﴾ [البقرة: ٥٨]، فقدم الدخول على قول الحطة.

وقال في سورة الأعراف: ﴿وَكُلُوا۟ مِنْهَا حَيْثُ شِئْتُمْ وَقُولُوا۟ حِطَّةٌ

وَٱدْخُلُوا۟ ٱلْبَابَ سُجَّدًا ﴾ [الأعراف : ١٦١] فقدم ذكر القول على الدخول، فلولا أنها تقتضي الجمع ولا تقتضي الترتيب لم يقدم القول تارة ويؤخره تارة، لأن هذا ضد الترتيب .

وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه سمع رجلاً يقول : ما شاء الله وشئت . فقال: «أمثلان أنتما، قل : ما شاء الله ثم شئت»[1] . فلو كانت الواو توجب الترتيب لكان قوله « وشئت » وقوله « ثم شئت » واحداً ، وقد فرق النبي ﷺ بينهما ، وأمره بأحدهما ونهاه من الآخر، فعلم أن أحدهما، يوجب الجمع والآخر، يوجب الترتيب .

ولأن قائلاً لو قال : رأيت زيداً وعمراً لم يفهم منه أنه رأى زيداً قبل عمرو، ولو كان المفهوم منه الترتيب لوجب إذا رآهما معاً ، أو رأى عمراً قبل زيد أن يكون كاذباً في خبره ، ولوجب إذا قال : رأيت زيداً وعمراً أن يكون مناقضاً في كلامه ، كما لو قال : رأيت زيداً ثم عمراً معاً كان مناقضاً. وإذا ثبت أنها تقتضي الجمع من غير مهلة ولا ترتيب اقتضت الثلاث كما قال : أنت طالق ثلاثاً .

فإن قيل : الواو وإن اقتضت الجمع فلا تقتضي المقارنة ، ألا ترى أنه لو قال: رأيت زيداً وعمراً ، لم يقتضِ أن يكون رآهما معاً ، وإنما تقتضي الجمع بينهما في حكم واحد وخبر واحد .

وقد حكينا عنهم أنهم قالوا : إنها تقتضي الجمع من غير ترتيب ولا مهلة ، فلا يلتفت إلى ما عداه ، على أن قوله: رأيت زيداً وعمراً إنما لم تقتض المقارنة؛ لأنه يحتمل أن يكون جمع بينهما في النظر حالة واحدة ، ويحتمل أن

(١) رواه البيهقي في معرفة السنن (١٧٤٥) .

يكون فرق بينهما في النظر ، فأما إذا كان الحكم مقصوراً على اللفظ وقد جمع بينهما في اللفظ، فقد وجدت المقارنة . ويقال : الطلاق بالروية أن يقول : أنت طالق ، ويسكت ساعة ، ثم يقول: وطالق ، فإنها تقتضي المقارنة ؛ لأنه فصل بينهما في اللفظ، كما فصل بينهما في النظر .

أو نقول : إنما لم تقتض المقارنة رؤيته لزيد وعمر ، ولأن تقدم المقارنة لا يخرج من أن يكون جامعاً بينهما في النظر، فتعطي الواو حقها ، لأنها لا تبين بالواحدة، فلهذا كان من حكمها المقارنة .

مسألة : قال : (وإذا طلق ثلاثاً وهو ينوي واحدة فهي ثلاث ، وإن طلق واحلة وهو ينوي ثلاثاً فهي واحدة) أما إذا طلق ثلاثاً ونوى واحدة (فهي ثلاث)[1] ؛ لما ذكرنا فيما قبل ، وهو أن اللفظ صريح، والنية لا تعمل في الصريح ، ولأن اللفظ أقوى من النية، بدليل أن الطلاق يقع بمجرد اللفظ من غير نية، ولا يقع بمجرد النية من غير لفظ ، فإذا كانت أضعف لم يعمل الضعيف في موضع القوي .

وإذا قال : أنت طالق ، ونوى ثلاثاً فهي واحدة ، خلافاً لمالك والشافعي في قولهما : هي ثلاث .

دليلنا : أن قوله : أنت طالق ، صريح في الواحدة ، فلم يكن كناية في الثلاث ، دليله : إذا قال : أنت طالق واحدة، ونوى الثلاث فإنها واحدة، ولا يلزم عليه الخلية والبرية وسائر الكنايات ؛ لأن ذلك ليس بصريح في الطلاق أصلاً .

---

(١) في (س) : والثلاث .

ولأنه إذا ثبت أن ذلك صريح في الواحدة لم يجز أن يكون كناية في غيرها في ذلك (الحكم)[1] الذي هو الطلاق، كما أن قوله: أنت علي كظهر أمي، لما كان صريحاً في الظهار لم يكن كناية في غيره من أنواع التحريم، وليس كذلك الخلية وغيرها من الكنايات؛ لأن ذلك ليس بصريح، وهو يصلح للواحدة والثلاث، فلهذا كان ما نواه.

* * *

(١) في (س): الحاكم.

باب الطلاق بالحساب

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (وإذا قال لها : نصفك طالق ، أو يدك، أو عضو من أعضائك طالق نصف تطليقة ، أو ربع تطليقة، وقعت تطليقة) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إذا علق الطلاق بيدها أو رجلها لم تطلق ، وإن علقه بما فيها ، أو فرجها ، أو جزء مشاع فيها وقع ، وخلافاً لداود في قوله : إذا قال لها : أنت طالق نصف تطليقة ، أو ثلثها لم تطلق .

والدلالة على أبي حنيفة : أنه علق الطلاق بعضو من أعضائها متصلاً بها اتصال خلقة فوقع بها الطلاق ، دليله : لو علقه برأسها أو فرجها أو جزء مشاع منها .

ولا يلزم عليه الأذن الموصولة إذا علق الطلاق بها ، لأنا لا نعرف الرواية عن أحمد رحمه الله ، ولو قلنا : لا يقع الطلاق لم يلزم ؛ لأن ذلك الاتصال ليس باتصال خلقه.

ولأن التحليل والتحريم إذا اجتمعا في عين واحدة غلبنا التحريم والحظر ، بدليل أنه لو قال لها : بعضها طالق ، طلق جميعها ، أو طالق نصف طلقة ، طلقت طلقة كاملة .

ولو تزوج نصفها لم يملك شيئاً منها ، فإذا كان المغلب حكم الحظر فقد غلبنا على الإباحة .

والدلالة على داود : قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٠] ولم يفرق بين أن يطلقها طلقة أو بعض طلقة .

ولأنه لا يخلو إما أن يحتسب بقوله : أنت طالق على ما يقوله ، فتحصل

طلقة واحدة، أو يسقط ذلك فيبقى قوله: أنت طالق فتطلق .

ولأن التحليل والتحريم إذا اجتمعا غلب حكم التحريم، بدليل أنه لو قال لها : نصفك طالق، طلق جميعها .

مسألة : قال : (وإذا قال لها : شعرك طالق ، أو ظفرك ، لم يلزمها الطلاق) خلافاً للشافعي في قوله : يقع الطلاق إذا علقه بذلك .

دليلنا : أن الشعر يزول عنها في حال السلامة ويحدث بدله ، وكذلك الظفر والسن ، فإذا علق الطلاق به لم يقع الطلاق ، دليله : لو قال لها : لبسك، أو عرقك ، أو ريقك ، أو دمعك .

ولا يلزم عليه إذا قال : يدك طالق ، فإن الطلاق يقع ؛ لأن ذلك لا ينفصل عنها في حال السلامة، ولا يحدث بدله، فلهذا وقع الطلاق .

مسألة : قال: (وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق).

وذلك لأن الأصل بقاء النكاح ، فإذا شك هل طرأ عليه ما يزيله فإنه لم يحكم به ، كما لو كان عليه صلاة فشك هل صلى أم لا؟ أو كان متيقناً للطهارة فشك هل أحدث أم لا ؟ فإنه لا يزول يقين الطهارة بالشك في الحدث ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً اعتزلها، وكان عليه نفقتها ما دامت في العدة ، فإن راجعها في العدة لم يطأها حتى يتيقن التحريم ؛ لأنه شاك في التحليل) .

ظاهر كلامه أنه أوقع عليها اليقين وهي الواحدة ، لأنه أخبر أن له الرجعة في العدة ، خلافاً لمالك في قوله : تلزمه ثلاث تطليقات .

دليلنا : أنه طلاق شك في وقوعه ، فوجب أن لا يحكم بوقوعه ، كما لو

شك في أصل الوقوع ، وكما لو شك في أصله بنى على اليقين ، كالصلاة لو شك هل صلى (أم لا) [1] كانت الصلاة في ذمته ، فلو شك في عدد ركعاتها بنى على اليقين ، كذلك هاهنا .

فأما قوله : « اعتزلها » فظاهر كلامه يقتضي وجوب الاعتزال ، وأنه يحرم عليه وطؤها ، وعلل بتعليل فاسد ، وقال : لأنه متيقين للتحريم، شاك في التحليل .

وعلى قولنا الواحدة لا تحرمها عليه ؛ لأن الرجعة مباحة ، ولو وطئها حصلت الرجعة بوطئه ، فلا يجوز أن يوصف بأنه متيقن التحريم ، وكان شيخنا أبوعبدالله [2] لا يحرمها عليه قبل الذكر ، وهو ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور ، لأنه قال : هي عنده حتى يستيقن . فلم يمنعه منها ؛ وذلك لأن الأصل الإباحة، فلم يجز تحريمها بأمر مشكوك فيه ، كما أن الأصل عدم الطلاق، فلم يوقع عليها طلاقاً بالشك .

ومن نصر كلام الخرقي علل بأن الأمر فيه يحتمل ؛ لأنه يجوز أن يكون الطلاق ثلاثاً فتحرم عليه ، أو يكون واحدة فتكون مباحة ، فغلبنا الحظر ، كما لو قال رجل لامرأته : أنت طالق إن كان الطائر غراباً ، وقال رجل آخر لزوجته: أنت طالق إن لم يكن الطائر غراباً ، وطار ولم يعلم ما كان منه ، فإن كل واحد منهما يعتزل زوجته ؛ لأن أحدهما أوقع عليها الطلاق لا بعينها، فحرمتا عليهما الاستمتاع للاحتمال ، كذلك هاهنا .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

(٢) هو الحسن بن حامد البغدادي الفقيه الحنبلي المتوفى سنة ٤٠٣ هـ . إمام الحنابلة في زمانه . طبقات الحنابلة (٢/ ١٧١-١٧٧) .

مسألة : قال : (وإذا قال لزوجاته : إحداكن طالق ، ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن وأخرجت المطلقة بالقرعة) ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : لا قرعة ، ولكن يعين إحداهن بالطلاق .

دليلنا : ما روى المعلى قال : سألت أبا جعفر[١] عن رجل كان له أربع نسوة فطلق إحداهن لا يدري أيتهن طلق فقال عليه السلام : يقرع بينهن[٢] . ولا يعرف له مخالف .

ولأن الطلاق إزالة ملك بني على التغليب والسراية فكان للقرعة مدخل فيه ، دليله : العتق ، وهو إذا أعتق ستة أعبد في مرضه، ولم يخرجوا من الثلث، أقرع بينهم عند الشافعي رحمه الله ، ويبين صحة هذا : من أصل الشافعي أنه قد قال في رجل قال : إن كان هذا الطائر غراباً فزوجاتي طوالق ، وإن لم يكن غراباً فعبيدي أحرار ، وطار الطائر: أنه يقرع بينهم ، فمن وقعت عليه القرعة بطلاقها أو عتقه ، كذلك هاهنا .

ولأنه موضع فيه إشكال، فهو كما لو أراد أن يسافر بإحدى نسائه ، أو قسم الحاكم بينهن ، فإنه يخرج إحداهن بالقرعة ، ويعدل السهام بالقرعة عند أبي حنيفة والشافعي ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا طلق واحدة من نسائه (ونسيها)[٣] أخرجت (بالقرعة)[٤] فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة ، وكان الميراث للبواقي منهن) خلافاً للشافعي

---

(١) في (س) : جهم .

(٢) لم أقف عليه .

(٣) في (س) : أو نسيها .

(٤) ما بين القوسين ليست في (س) .

رحمه الله في قوله : يعتزلهن حتى يذكر التي طلقها .

دليلنا : ما تقدم من حديث (علي)[1] عليه السلام ، وهو نص في هذه المسألة؛ لأنه ذكر فيه في رجل طلق واحدة منهن لا يدرى أيتهن طلق فقال : «يقرع بينهن» .

ولأن في الانتظار حتى يذكر مشقة على كل واحدة منهن ؛ لأنه قد لا يذكر فتلزمه السكنى والنفقة، ولا يمكنه الاستمتاع بها ، وتفقد الزوجة منه القسم والإيواء والسكن، فوجبت القرعة ، ألا ترى أن الشقاق إذا وقع بين الزوجين فإن الحاكم يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها لرفع الضرر ، فإن مات قام ولوثه بالقرعة ليعلم أيتهن المطلقة من غيرها في باب الميراث ؛ لأن للورثة مدخلاً فيه ، ألا ترى أنه لو أعتق عبيده في مرضه ، ومات ولم يخرجوا من الثلث (أعتق)[2] منهم قدر الثلث بالقرعة، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث وقضت العدة وتزوجت غيره فأصابها أو مات عنها وقضت العدة وتزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث) خلافاً لأبي حنيفة ، وإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله : أن وطء الزوج الثاني يهدم الطلاق المتقدم فتعود عنده على ثلاث .

وجه ما نقله الخرقي : أنه وطء لا يؤثر في الإباحة فلم يهدم الطلاق ، كوطء السيد لأمته ، وهو إذا زوج أمته فطلقها زوجها طلقتين فأصابها السيد وتزوجها الزوج بعد ذلك فإنها تعود على ما بقي، كذلك هاهنا .

ولأنها بانت قبل استيفاء العدد ، فإذا عادت إليه وجب أن تعود على ما بقي

---

(١) ما بين القوسين ليس من الأصل .

(٢) في (س) : وعتق .

من الطلاق ، كما لو تزوج بها الثاني ، ولم يطأها ثم طلقها وتزوجها الأول.

ولأن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثاً ثم تزوجت بزوج آخر وأصابها فإن هذه الإصابة لا ترفع بالطلاق ؛ لأنها لو رفعته (لعادت) [(١)] المرأة إلى الزوج من غير عقد ؛ لأن زوال العقد كان بالطلاق ، فإذا زال يجب أن تعود إليه ، وإنما الإصابة تؤثر في التحريم الحاصل بالطلاق وترفعه فتحلها للزوج الأول ، فإذا وجدت الإصابة بعد الطلقة والطلقتين فلم تصادف تحريماً فترفعه (لم)[(٢)] تؤثر في الطلاق .

ووجه الثانية : أنها إصابة من الزوج الثاني فرفعت ما تقدم من الطلاق الثلاث بل هذا أولى ؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون تأثيره في رفع التحريم فقط أو في رفع التحريم والعدد ، ولا يجوز أن يكون تأثيره في رفع التحريم فقط.

ولأنه لو كان كذلك لوجب أن يرفع الثلاثة إذ التحريم يتعلق بها ، ألا ترى أنه لم يكن قبل وجود الثالثة ، فإذا إذا كان كذلك ثبت أن تأثيره في رفع التحريم والعدد ، فإذا طلقها واحدة أو ثنتين فالعدد موجود، فيجب أن يرفعه.

مسألة : قال : (وإذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره حرة كانت الزوجة أو مملوكة ؛ لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : الطلاق معتبر بالنساء ، فإن كان الزوج عبداً والزوجة حرة فطلاقه ثلاث ، وإذا كان الزوج حراً والزوجة أمة كان طلاقه طلقتين .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾

---

(١) في (س) : فعادت .

(٢) في (س) : فلم .

[البقرة: ٢٢٩] فجعل للزوج أن يطلق ثلاثاً، والمراد به الحر بدلالة قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] والأخذ إنما يصح من الحر. فظاهر هذه الآية يقتضي أن للحر أن يطلق ثلاثاً سواء كانت تحته حرة أو أمة.

ولأن الطلاق عدد محصور يملك الزوج رفعه بعد ملكه، فوجب أن يعتبر كماله ونقصانه، كعدد المنكوحات، ولا يدل عليه القسم؛ لأنه لا ينحصر بعدد، ولا يلزم عليه إذا قذفته زوجته يملك عليها الحد، ولا يكون اعتبار كماله ونقصانه به، لأن الزوج يملك رفعه بعوض.

ولأن الطلاق ملك الزوج تصح المعاوضة عليه، وإزالة الملك عنه بعوض وغير عوض، فوجب أن يعتبر حاله كسائر الأملاك.

مسألة: قال: (وإذا قال لها: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، طلقت ثلاثاً) وذلك لأنك إذا أنصفت التطليقتين حصل نصفها طلقة؛ لأن نصف الاثنين واحدة، وقد أوقع عليها هذا النصف ثلاث وقعات فلهذا كان ثلاثاً.

* * *

باب الرجعة

الأصل في الرجعة قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ثم قال: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] قبل مراجعة النكاح.

وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] معناه: ترك الحبس بالرجعة لتنقضي العدة بالطلاق المتقدم.

وروي عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: «مره فليراجعها ثم ليطلقها إذا طهرت»[1].

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (والزوجة إذا لم يدخل بها تبنها تطليقة، وتخرجها الثلاث من الحر، والاثنتان من العبد) أما غير المدخول بها فلا عدة عليها، فإذا طلقت واحدة بانت، لأنه لا عدة لها تقف الرجعة عليها، وليس كذلك إذا كانت مدخولاً بها؛ لأنها معتدة منه، فلهذا لم تبن بالواحدة والثنتين، وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فنص على أن العدة غير واجبة قبل المسيس.

وإذا ثبت أنها تبين بالواحدة فإنها تحل له بعقد جديد، وتحرم بالثلاث، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

---

(١) سبق تخريجه.

وأما العبد فإن زوجته التي لم يدخل بها تبين بالواحدة كالحر ؛ لأنه لا عدة عليها يقف النكاح لأجلها ، وتحرم عليه بالثنتين ؛ لأنهما أقصى الطلاق، وإنما كانت الثنتان أقصى الطلاق ، لأنه حق من حقوق النكاح مقدر فلا يساوي العبدُ الحرَّ[1] فيه ، دليله : عدد المنكوحات، فإنه لا يتساوى في العدد ، كذلك في عدد الطلاق .

مسألة : قال : (وإذا طلق الحر زوجته بعد الدخول أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت في العدة ، وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث) إنما ملك الرجعة على المدخول بها في الطلقة والطلقتين إذا كان حراً ، وفي الواحدة إذا كان عبداً لقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] فبين أن له إمساكها بعد اثنتين إن شاء ، وإن شاء سرحها بالثلاث وحرمت عليه ، وأيضاً حديث ابن عمر لما طلق امرأته ، فأمره النبي ﷺ بمراجعتها، فدل على أن الرجعة يملك فيها دون الثلاث .

مسألة : قال : (ولو كانت حاملاً باثنين فوضعت واحداً كان له مراجعتها قبل أن تضع الثاني) وذلك لقوله تعالى : ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق : ٤] .

واسم الحمل يقع على الجملة، فاقتضت الآية أن العدة لا تنقضي حتى تضع الحمل ، و إذا لم تنقضِ العدة كان له مراجعتها ، فإذا وضعت أحدهما (لم)[2] تضع جملة الحمل، فلهذا كانت على الرجعة .

---

(١) في (س) : للحر .

(٢) في (س) : فلم .

ولأن الاثنين في حكم الواحد، بدليل أنها لو وضعت أحدهما فأقرّ به ونفى الآخر لزمه بإقراره بالأول الثاني ؛ لأنهما في حكم الواحد ، كذلك أيضاً باب انقضاء العدة .

مسألة : قال : (والمراجعة يقول لرجلين من المسلمين : اشهدوا أني قد راجعت زوجتي ، بلا ولي يحضره ولا صداق يزيده) .

وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى: أنه يجوز الرجعة بلا شهادة ، أما الولي والصداق فغير واجب في الرجعة ؛ لأن النكاح باق وأحكامه باقية ، بدليل أنه يلحقها الطلاق والظهار واللعان والإيلاء ، وإنما منعت بالطلقة فلم تحتاج إلى ولي ومهر .

وأما الإشهاد على الرجعة : فإن قلنا : هو واجب فوجهه : قوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [هود: ٥٤] فأمر به، والأمر يقتضي الوجوب .

ولأنه استباحة بضع ، فوجب أن يكون من شرطه الشهادة كالنكاح .

وإذا قلنا: إنها غير واجبة ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي فوجهه : أنه عقد ليس من شرطه الشهادة ، كالبيع ، وعكسه النكاح ، يبين صحة هذا : أن البيع أقوى في بابه من الرجعة ؛ لأنه يفتقر إلى إيجاب وقبول عن تراض منهما ، والرجعة إمساك بغير قبول ولا إيجاب ولا رضى ، ثم البيع مع قوته لا يفتقر إلى الشهادة ، فالرجعة أولى .

مسألة : قال : (وإذا قال : ارتجعتك ، فقالت : انقضت عدتي قبل رجعتك، فالقول قولها مع يمينها ما ادعت من ذلك ممكناً) .

إنما كان القول قولها في الإمكان لقوله تعالى : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا

﴿... خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قيل في التفسير: من حمل وحيض . فلما (توعدها)[1] على كتمان ما خلق الله في رحمها علم أنها إذا أخبرت به وجب قبوله منها لأنه (لا يتوعد)[2] على كتمان شيء إلا فيما يجب قبوله متى أظهره قال تعالى : ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة : ٢٨٣] ، ولأنه إذا أظهر الشهادة قبلت منه لم (يتوعده)[3] على كتمانها .

وكذلك روى عن النبي ﷺ أنه قال : « من سئل عن علم فكتمه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار »[4] ، فلولا أن العالم إذا أخبر بالشيء قبل منه لما (توعده)[5] على كتمانه، كذلك هاهنا توعدها على كتمان الحمل والحيض ، ثبت أنه يجب قبول قولها فيه ، فإن اتهمها فهل يحلفها ؟ قال الخرقي : القول قولها مع يمينها، ووجه : أنها لو ادعت عليه الطلاق وأنكره استحلف، كذلك إذا ادعت انقضاء العدة وأنكره يجب أن تحلف ، وكذلك لو ادعى تسليم الصداق إليها وأنكرت فالقول قولها مع يمينها ، كذلك هاهنا ، وقياس المذهب أن القول قولها بغير يمين ، وقد أومأ إليه أحمد رحمه الله لأن الرجعة

---

(١) في (س) : تواعدها .

(٢) في (س) : لا يتواعد .

(٣) في (س) : تواعده .

(٤) أخرجه أبوداود في العلم (٣٦٥٨) ، والترمذي في العلم (٢٦٤٩) ، وابن ماجه في المقدمة (٢٦١) ، وصححه السيوطي في الجامع الصغير (٢/ ١٧٢) . قال الألباني : صحيح .

(٥) في (س) : تواعدها .

لا يصح بذلها ، وما لا يصح بذله لا يستحلف فيه ، كالحدود ودعوى النكاح .

وأما أقل الإمكان الذي تنقضي به عدة الحرة ففيه كلام طويل ، ولكن ظاهر المذهب أن الأقراء هي الحيض ، وأقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوماً، فيكون أقل الإمكان تسعة وعشرين يوماً ، وهو أن يوقع الطلاق مع انقضاء العدة طهرها، فترى الدم عقيب الطلاق، فتحيض أقل الحيض وهو يوم وليلة ، ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ، ثم تحيض أقل الحيض يوماً وليلة، ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ، ثم أقل الحيض يوم وليلة، وقد انقضت عدتها ، فتكون تسعة وعشرين يوماً .

مسألة : قال : (ولو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة) خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين: أنه يجب عليها عدة مستقبلة من الطلقة الثانية .

دليلنا: قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة :٢٢٨] ولم يفرق بين أن يطلق مرة أو مراراً ؛ ولأن العدة تختلف بالرق والحرية كالحد ، ثم اتفقوا على أن تكرار السبب الموجب للحد لا يوجب تكرار وجوب الحد، كذلك تكرار السبب الموجب للعدة لا يوجب تكرار وجوب العدة؛ ولأن الدخول أحد الأسباب الموجبة للعدة، ثم تكراره لا يوجب تكرار وجوب العدة ؛ لأنه لا فرق بين أن يدخل بها مرة أو مراراً كثيرة، كذلك هاهنا تكرار الطلاق يجب أن لا يوجب تكرار العدة .

مسألة : قال : (وإذا طلقها وأشهد على المراجعة من حيث لا تعلم، فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ، ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين عن أبي عبدالله رحمه الله ، والرواية الأخرى قال : هي زوجة الثاني) .

وجه الرواية الأولى في أنها ترد إلى الأول، ولا يصح نكاح الثاني، وهو

قول أبي حنيفة والشافعي هو : أنه نكاح لو عرى عن الولي لم يصح ، كنكاح المرتد ، فإذا أصابت الوطء لم تصح كنكاح المرتد .

ولأن الثاني لو نكحها بعد رجعة الأول كان النكاح فاسداً ، وكان الوطء الثاني محرماً ، والوطء المحرم لا يصح به النكاح الفاسد ، ولا يبطل به النكاح الصحيح .

وعلى الرواية الثانية إذا قلنا : إنها زوجة الثاني نقول : الوطء الثاني صح به نكاح الثاني ، وزال به نكاح الأول ، وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومالك بن أنس .

ووجهه : أن رجعة الأول وعقد الثاني قد تساويا ؛ لأن كل واحد منهما عقد، وهو ممن يجوز له العقد في الظاهر ، ومع الثاني مزية وهو الدخول الذي يتعلق به وجوب المهر والعدة ولحوق النسب ، فقدم لأجل هذه المزية .

ولأن الدخول بمنزلة اليد بدلالة استقرار المهرية ، كما يستقر بالقبض وحصول اليد للثاني على المرأة ، وليس للأول يد ، فإذا تداعيا حكم بها للثاني، كما لو تداعيا داراً في يد أحدهما ، والأول أصح في المذهب ، لأن هذين التعليلين يفسدان به إذا عقد الوليان ودخل بها الثاني، فإن النكاح للأول، ولا يكون دخول الثاني يداً، ولا مزية يحكم له به ، وإن ردت إلى الأول امتنع من وطئها حتى تنقضي عدتها من الثاني ؛ لأنه وطء بشبهة تجب به العدة .

ولكن يمكن أن يقال لهذه الرواية : إن الزوج مفرط في ترك تعريفها الرجعة ، فلم يكن له عليها حجة، بل كانت الحجة لها ، لأنها تقول: فعلت ما أباحني الله تعالى في الظاهر، وأنت فعلت ما لا يحل لك من ترك الإعلام لي بذلك .

مسألة : قال : (وإذا طلقها وانقضت عدتها منه ، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ، ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً ، فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح ، وإن لم تكن عنده في هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها) .

مضمون هذا الكلام : أن المبتوتة لا تحل لزوجها الأول إلا بعقد وإصابة، خلافاً لسعيد بن المسيب في قوله: تحل بالعقد، ولا تعتبر الإصابة.

فالدلالة على وجوب العقد : قوله تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [البقرة : ٢٣٠]، وتقدير الآية : فإن طلقها ثلاثاً فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره.

والدلالة على اعتبار الإصابة : ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة إلى النبي ﷺ فقالت : إني كنت عند رفاعة فطلقني، وإني تزوجت عبدالرحمن بن الزبير، وإن معه مثل هدبة الثوب فقال : « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[1] .

معناه : لذة الجماع ، وإنما سمي بالعسيلة ؛ لأنه مشتق لطيبه من العسل يذكر ويؤنث بقوله: عسيلة على التأنيث .

وعن ابن عمر قال : سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق زوجته ثلاثاً فتزوجت زوجاً غيره ، ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحلّ لزوجها الأول؟ قال : «لا ، حتى تذوق عسيلته»[2] .

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات (٢٤٩٦)، ومسلم في النكاح (١٤٣٣) .

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٨٥)، وابن ماجه في النكاح (١٩٣٣) . قال الألباني: صحيح لغيره .

أجمعوا على أن الطلاق ما يكون مكروهاً .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق »[1] .

فلما كان مبغوضاً عند الله حرسه بأن الرجل إذا طلقها ثلاثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، ويدخل بها الثاني . ومن علم هذا لم يقدم على الطلاق .

ولأن الزوج لا يرضى لزوجته أن تتزوج ويدخل بها غيره ثم تعود إليه ، فلهذا كان شرطاً . وإذا ثبت هذا فمتى طلقها ثلاثاً، ولم يعلم خبرها فعادت إليه وذكرت أنها قضت عدتها منه، ونكحت زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً وطلقها الثاني واعتدت منه وانقضت عدتها، وقد مضت مدة يمكن صدقها فيه، وهو زمان تنقضي فيه عدتان فيهما عقد ونكاح ووطء، فالقول قولها؛ لأنها مؤتمنة فيما تخبره من ذلك، فإن وقع في قلبه أنها غير صادقة ، فظاهر ما قاله الخرقي أنه لا يجوز له نكاحها ؛ لأنه إذا لم يصدقها في ذلك فهو لا يعتقد إباحتها، فهو بمنزلة ما لو شهد له شاهدان بحق لا يعلم صحته فإنه لا يجوز له أخذه ، كذلك هاهنا .

* * *

(١) أخرجه بهذا اللفظ أبوداود في الطلاق (٢١٧٨) ، وابن ماجه في النكاح (٢٠١٨) . قال الألباني : ضعيف .

كتــاب الإيـــلاء

الإيلاء في اللغة: عبارة عن اليمين على كل شيء، يقال: آلى، يولي ، إيلاء ، فهو مؤل ، والألية يمين ، وجمعها ألايا . ومنه قول الشاعر :

فآليت لا آتيك إن جئت مجرما ولا أبتغي جاراً سواك مجاورا [١]

يعني حلفت لا آتيك ، ويقال : تألى ويتألى فهو متأل إذا (اشتققت) [٢] فعلاً منه ، ومنه قوله ﷺ : « تألى ألا يفعل خيراً » [٣] يعني حلف .

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ أَن يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ۖ وَلْيَعْفُوا وَلْيَصْفَحُوا ﴾ [النور : ٢٢] يعني لا يحلف ، قيل نزلت هذه الآية في الصديق رضي الله عنه .

وهو في الشريعة لما هو أخص منه، وهو أن يحلف أن لا يطأ امرأته ، والأصل في الإيلاء الشرعي قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ ﴾ [البقرة : ٢٢٦-٢٢٧].

فأخبر عن حكم من حلف أن لا يطأ زوجته، وأخبر أنه يتربص أربعة أشهر ﴿ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ يعني جامعها ، فإن الله يغفر ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ .

---

(١) البيت للنابغة الذبياني. ديوانه (ص١٣٠-١٣٢)، بتحقيق شكري فيصل / طبعة دار الفكر.
(٢) في (س) : اشتقت .
(٣) رواه أحمد (٦/ ١٠٥) . قال الأرناؤوط : إسناده حسن .

وأيضاً روى سليمان بن يسار قال : أدركت بضعة عشر نفساً من أصحاب النبي ﷺ كلهم يقولون « يوقف المولي »[١] .

مسألة : قال أبو القاسم : (والمولي الذي يحلف بالله تعالى أن لا يجامع زوجته أكثر من أربعة أشهر) خلافاً لابن عباس في قوله : المولى من حلف أن لا يصيب زوجته على التأبيد . أو أطلق اليمين ، فأما إذا علق ذلك بمدة مخصوصة فلا يكون مولياً[٢] ، وخلافاً للحسن[٣] وابن أبي ليلى في قولهما : إذا حلف أن لا يصيب زوجته في وقت من الأوقات كان مولياً وتضرب له المدة .

وخلافاً للثوري[٤] ، وأبي حنيفة في قولهما : يصير مولياً إذا حلف أن لا يصيبها أربعة أشهر .

والدلالة على ابن عباس قوله تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٦] ولم يفصل .

ولأنه ممنوع من وطئها بعد مدة التربص بعقد يمين ، فوجب أن يكون مولياً،

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/ ٣٧٦)، والدارقطني (٤/ ٦١، ٦٢)، والشافعي في مسنده (١٢٢٥) .

(٢) رواه الشافعي في مسنده (١٢٢٣)، والبيهقي في المعرفة (١٤٩٢٥) .

(٣) هو الحسن بن يسار البصري ، أبو سعيد ، تابعي أدرك خمسمائة من الصحابة، روى عن عثمان وعمران بن حصين والمغيرة بن شعبة وغيرهم ، وكان عالماً عابداً، وهو من فقهاء البصرة ، ويعتبر فقيهاً . انظر : شذرات الذهب (١/ ١٣٦) ، وميزان الاعتدال (١/ ٣٥٤) ، ووفيات الأعيان (٢/ ٣٥٤) ، والأعلام (٢/ ٢٤٢) .

(٤) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، ولد في الكوفة سنة ٩٧هـ، ومات بالبصرة سنة ١٩١هـ، وكان آية في الحفظ وكان من أهل سيد زمانه في العلم والتقوى. انظر: تهذيب التهذيب (٤/ ١١١)، وتاريخ بغداد (٩/ ١٥٢)، ووفيات الأعيان (٢/ ٢٢٥)، والأعلام (٣/ ١٥٨) .

كما لو حلف أنه لا يصيبها أبداً .

والدلالة على الحسن وابن أبي ليلى : هو أنه لو حلف أنه لا يصيبها يوماً فإنه بعد مضي اليوم إذا امتنع من وطئها كان ممتنعاً بغير يمين فلم يكن مولياً ، كما لو امتنع من وطء زوجته ابتداء بغير يمين . ويفارق هذا إذا حلف أن لا يطأها أكثر من أربعة أشهر ؛ لأنه لا يمكنه الفيئة بعد التربص إلا بضرر ، فلهذا كان مولياً ، فإذا حلف لا وطئها يوماً فإنه يمكنه الفيئة بعد التربص بغير ضرر ، فلم يكن مولياً .

وأما أبو حنيفة فالخلاف معه : هو أن عندنا أن المولي تضرب له المدة ولا تتوجه عليه المطالبة فيها ، فإذا انقضت المدة وزادت على أربعة أشهر ثبتت المطالبة في الزيادة عليها ، وعنده أن المدة تضرب له ليفيء أو يطلق ، فإن فاء فقد أتى بالفيئة في محلها ، وإن لم يفيء حتى انقضت المدة بانت منه بطلقة فلا يحتاج أن تزيد المدة على أربعة أشهر ، فحصل الخلاف في فصلين :

أحدهما : أن الأربعة الأشهر ليست عندنا محلاً للفيئة وإنما محلها بعدها ، وعندهم هي محل لها .

والثاني : أنه إذا مضت أربعة أشهر لم يقع الطلاق، ولكن يطالب بالفيئة أو بالطلاق ، وعنده يقع الطلاق بانقضائها .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ الآية ، ومنها أدلة : أحدها : أن الله تعالى أضاف مدة التربص إلى الزوج وجعلها حقاً له، والفيئة عليه للمرأة ، وما كان حقاً للإنسان (لا يكون محلاً) [1] لحق غيره ، ألا

(١) في (س) : لا يكون حقاً محلاً .

ترى أن الأجل لما كان حقاً لمن عليه الدين لم يكن محلاً للدين الذي عليه.

ودلالة ثانية من الإيلاء : وهو أن الله تعالى أضاف الفيئة والطلاق إلى المولي، فاقتضى ذلك تعلقها بفعله ، وعندهم لا تأثير لفعله في وقوع الطلاق؛ لأنه لو نسي المدة حتى مضت وقع الطلاق .

ودلالة ثالثة : وهو أن الله تعالى قال في سياقها : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٢٧] فاقتضى ذلك أن يكون عزيمة الطلاق مما يسمع ، وعزيمة الطلاق الذين يذهبون إليها ترك الوطء في المدة، وذلك لا ينافي السماع ، فإنما الطلاق الذي نبينه هو الذي يسمع .

ولأن مدة الإيلاء مدة شرعية لم يتقدمها فرقة، فلم يتعقبها بينونة، كمدة الفيئة ، ولا يدخل عليه إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، لأنها ليست بمدة شرعية ، ولا يدخل عليه العدة ؛ لأنه قد يتعقبها .

مسألة : قال : (وإذا مضى أربعة أشهر ورافعته، أمر بالفيئة، والفيئة ، الجماع أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شيء لا يمكنه معه الجماع فيقول : متى قدرت جامعتها، فيكون ذلك من قوله فيه العذر، فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق ، فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه ، فإن طلق ثلاثاً فهي ثلاث ، وإن طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الإيلاء أربعة أشهر، فكان الحكم كما حكمنا في الأول) .

وجملته: إذا انقضت المدة ورافعته زوجته ، فإنه يؤمر بالفيئة أو بالطلاق ، فإن طلق وفّاها أكثر من هذه المدة، وسقطت عنه المطالبة ، وإن اختار الفيئة

قال : أنا أفيء ، فإن كان قادراً ففيئة القادر الجماع ؛ لأن الله تعالى (قال)[1]: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة : ٢٢٦] .

والفيئة : الرجوع . يقال : فاء الفيء ، وفاء الرجل إذا رجع . وكان معناه: فإن رجعوا . والرجوع ضد ما كان عليه ، فإن فاء فقد خرج من حكم الإيلاء.

وإن كان معذوراً من مرض أو حبس ففيئه باللسان وهو أن يقول : قد ندمت على ما فعلت ، فإذا قدرت جامعت ؛ لأن عليه الفيئة بحسب القدرة ، فإذا فعل هذا فقد فعل ما قدر عليه ، وهذا كما قلنا في الشفيع له المطالبة ، والمطالبة على ضربين : مطالبة القادر، وهي معروفة . ومطالبة العاجز : وهو أن يشهد على نفسه أنه على المطالبة إذا قدر عليها، كذلك هاهنا .

فإن امتنع من الفيئة باللسان عند العذر ، أو امتنع من الفيئة بالوطء مع القدرة، وامتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه ، خلافاً للشافعي في أحد قوليه: لا يطلق عليه الحاكم، وأن يحبس ، ويضيق عليه حتى يطلق بنفسه وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل هذا .

وجه ما نقله الخرقي في إيقاع الطلاق عليه : أنه حق تدخله النيابة مستحقه معين ، فإذا امتنع من هو عليه من الإيفاء كان للسلطان الاستيفاء كالدين ، ولا يلزم عليه إذا أسلم وتحته عشر نسوة فلم يختر أن الحاكم لا يملك الاختيار ، لأن الحق لغير معين .

ولا يلزم عليه الوطء، فإن النيابة لا تدخله ، فلهذا لم يستوفه الحاكم .

---

(١) ما بين القوسين لم تذكر بالمخطوط .

ولأنها مدة يرفعها الوطء، وتعلق بها الفرقة ، فكان للحاكم تدخل في إيقاع تلك الفرقة ، أصله : مدة العنة .

ووجه الرواية الثانية : قوله تعالى : ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَـٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة : ٢٢٦-٢٢٧] فأضاف العزم على الطلاق إلى الأزواج .

وقول النبي ﷺ : « الطلاق لمن أخذ بالساق »[1] .

ولأن الطلاق أحد ما يتخلص به الزوج من إيلائه ، فلم يقم الحاكم مقامه، دليله : الوطء .

وقوله : « فإن طلق ثلاثاً فهي ثلاث» يعني به الزوج ؛ لأن كلامه عائد إلى الزوج ، فإذا طلق ثلاثاً وقع ، لأنه قد تطوع ، وذلك أن إيقاع الطلاق إليه ، فكان له إيقاع بعضه وكله ، وإن طلق واحدة كانت رجعية؛ سواء كانت بحضرة الحاكم أو بغير حضرته ؛ لأنه طلاق مجرد من جهة الزوج صادف عدة قبل استيفاء العدد ، فوجب أن لا تكون بائناً لغير الإيلاء .

ولا يلزم عليه الخلع ؛ لأنه ليس بمجرد .

ولا يلزم عليه فرقة الحاكم ، لأن ذلك من غير جهة الزوج .

ولا يلزم عليه إذا طلق ثلاثاً ؛ لأنه قد استوفى العدد ، وعكس هذا فرقة العنة والإعسار بالنفقة . فإن ذلك فسخ ، فلهذا كان بائناً ، وهذا طلاق من جهته .

فإن راجعها وقد بقي من المدة ما يتربص فيها - وهو أكثر من أربعة أشهر -

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الطلاق (٢٠٨١) . بهذا اللفظ ، وجاء في مجمع الزوائد : إن في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف . وقال الألباني: حسن .

فإنها تضرب مدة التربص عقيب المراجعة ، لأن ضرب المدة والتربص إنما وجب في الابتداء ؛ لأنه ممنوع من الجماع بعقد يمين ، ولا يمكنه الفيئة بعد التربص إلا بضرر، وهذا موجود هاهنا ؛ لأن اليمين باقية والمدة ممكنة ، فكان هذا الذي في ابتداء المدة بمنزلة ابتداء الإيلاء لوجود معناه فيه .

وأما إن راجع وقد بقي من المدة ما لا يتربص فيها ، وهو إن كان الباقي أربعة أشهر فما دونها ، فقد زال حكم الإيلاء ، لأنه لا يمكن أن يوقف عقيب الفيئة، ولكن حكم اليمين باق في تعلق الحنث به إن هو وطئ قبل انقضاء المدة .

مسألة : قال : (ولو وقفناه بعد الأربعة أشهر فقال : فقد أصبتها ، فإن كانت ثيباً كان القول قوله) .

وإنما كان القول قوله ؛ لأن ما يقول كل واحد منهما ممكن ، والأصل بقاء النكاح .

مسألة : قال : (وإذا آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها ثم نكحها وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر وقف) ولها كما وصفت الحكم في هذه المسألة، وهو إذا طلقها وقضت عدتها ونكحها بعقد ثان ، وقد بقي من المدة ما يتربص فيها (فالحكم فيها)[1] كالحكم في التي قبلها ، وهو إذا طلقها طلقة واحدة وراجعها في العدة وقد بقي من المدة ما يتربص فيها ، فإنها تضرب مدة التربص عقيب العقد الثاني ، فإن حكم الإيلاء لا يسقط

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق .

بالبينونة بل يعود النكاح ، وذلك لأنه حكم من أحكام النكاح ينفرد به الزوج ، فوجب أن ينبني فيه نكاح على نكاح كالطلاق ، ولا يلزم عليه المهر ؛ لأن الزوج لا ينفرد به.

مسألة : قال (ولو آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر فالقول قوله في أنها لم تمض مع يمينه) .

لأن الأصل (بقاء المدة) [1] فكان القول قول من شهد له الأصل .

ولأنه لما كان القول قوله في أصل الإيلاء كان القول قوله في فيئه ، ألا ترى أنه لما كان القول قوله في أصل الطلاق كان القول قوله في عدده ، كذلك الإيلاء (وإذا ثبت أن) [2] القول قوله فقد قال الخرقي : القول قوله مع يمينه .

وقال أبوبكر بن جعفر من أصحابنا : القول قوله بغير يمين .

وجه قول الخرقي : أنها تدعي عليه ما يرفع النكاح، كما تدعي عليه الطلاق، وقد ثبت أنه لو أنكر الطلاق استحلف ، ولأنها لو أنكرت قبض صداقها كان القول قولها مع يمينها ، كذلك هاهنا .

ووجه قول أبي بكر وهو أصح : أن اختلافهما في بقاء المدة وزواله وبدل النكاح لا يصح ، فيجب أن لا يستحلف فيه ، كما لو ادّعت نكاحه فأنكرها ، أو ادعى نكاحها فأنكرته، فالقول قول المنكر بغير يمين، كذلك هاهنا .

وهذه ثلاث مسائل نقلها الخرقي إذا اختلفا في الإصابة في حق العنين ، أو

---

(١) في (س) : بقاء النكاح .

(٢) ما بين القوسين زيادة من المحقق .

اختلفا في انقضاء العدة بعد الإمكان ، أو اختلفا في انقضاء مدة الإيلاء ، فقال الخرقي في جميعها : القول مع اليمين قوله .

وكذلك يخرج على قياس قوله إذا اختلفا في الفيئة في المولي أن يستحلف في ذلك ، وقياس المذهب في جميع ذلك أن القول في ذلك بغير يمين .

* * *

كتاب الظهـــار

الظهار : قول الرجل لزوجته : أنت عليَّ كظهر أمي . وإنما اشتق من الظهر دون غيره من أعضائها ؛ لأن الزوجة مركوبة ، والأصل في الركوب الظهر في كل مركوب من البهائم ، فإذا شبهها بالظهر من أمه كان معناه: جعلت مركوبي مركوب أمي .

والأصـل في الظهـار : قولـه تعـالى : ﴿ ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ لِتُؤْمِنُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ﴾ [المجادلة : ٢].

فذكر الله عز وجل الظهار وحكمه (في)[1] ثلاث آيات :

الأولى : تحريمه ، والمنع من وجهين : أحدهما : أنه أنكر التشبيه بالأم قال : ﴿ مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ ﴾ .

والثـاني : قـال : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ [المجادلـة : ٢] وذكر في الآيتين الأخريين حكم الظهـار وموجبه ، وأيضاً قصة أوس بن الصامت وسلمة بن صخر .

فأما أوس بن الصامت فروت خولة[2] بنت مالك بن ثعلبة قالت : ظاهر ني

---

(١) (في) ليست في المخطوط .

(٢) هناك اختلاف في اسمها ونسبها بين الرواة: فرواه أبوداود في الطلاق (٢٢١٤) عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة من رواية عبدالله بن سلام ، وروى البيهقي (٧/ ٦٢٩) ، والطبراني في الكبير (١١٦٨٩) من حديث ابن عباس أن المرأة خويلة بنت خويلد ، وفي إسناده أبوحمزة الثمالي ضعيف ، وقال في تلخيص الحبير : « ورجح غير واحد أنها خولة بنت ثعلبة

زوجي أوس بن الصامت ، فجئت إلى رسول الله ﷺ أشكو إليه ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول : « اتقي الله فإنه ابن عمك » فما برحت حتى نزل القرآن ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة : ١] فقال رسول الله ﷺ : « تعتق رقبة » قال: فقلت : لا أجد . قال : « تصوم شهرين متتابعين » فقلت : يا رسول الله شيخ كبير . فقال : « تطعم ستين مسكيناً » قال : ما عندي شيء . قال : أتي (ساعتئذ) [1] بعرق من تمر ، فقلت: يا رسول الله فإني أعينه بعرق آخر . قال : « قد أحسنت، اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكيناً ، وارجعي إلى ابن عمك » [2] .

قال الأصمعي : (العَرَق) [3] بفتح العين والراء ، (كل ما) [4] (نسج) [5] من خوص كالزنبيل الكبير .

وأما قصة سلمة بن صخر البياضي : فروى سليمان بن يسار، عن سلمة بن صخر البياضي قال : كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيري ، فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان ، فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذا انكشف شيء منها فلم ألبث أن

(٣/ ٢٢٣) . انظر : سنن أبي داود (٢/ ٢٦٦، ٢٦٧) ، ونصب الراية (٣/ ٢٤٦) ، وتهذيب الكمال (٣٥/ ١٦٣) .

(١) في (س) : ساعة .

(٢) أخرجه أبوداود في الطلاق (٢٢١٤) . قال الألباني: حسن .

(٣) في (س) : هو العرق .

(٤) في (س) : وهو كلما .

(٥) في (س) : سف .

نزوت عليها، فلما أصبحت خرجت إلى قومي وأخبرتهم خبري قال: قلت: امشوا معي إلى رسول الله ﷺ، فقالوا: لا والله، فانطلقت إلى النبي ﷺ فأخبرته فقال: «أنت بذاك يا سلمة؟» قلت: أنا بذاك يا رسول الله، وأنا صابر لأمر الله فاحكم فيَّ بما أمرك الله تعالى. قال: «حرر رقبة» قال: قلت: والذي بعثك بالحق نبياً ما أملك رقبة غيرها، وضرب صفحة رقبته، قال: «فصم شهرين متتابعين» قال: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: «فأطعم وسقاً من تمر بين ستين مسكيناً» قال: قلت: والذي بعثك بالحق نبياً ما لنا من طعام. قال: «فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها»، قال: فرجعت إلى قومي، فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة وحسن الرأي، وقد أمرني بصدقاتكم[١].

مسألة: قال أبوالقاسم: (وإذا قال لزوجته: أنت علي كظهر أمي، أو كظهر امرأة أجنبية، أو أنت عليَّ حرام، أو حرم عضواً من أعضائها فلا يطأها حتى يأتي بالكفارة، فإن مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة، فإن تزوجها لم يطأها حتى يكفّر؛ لأن الحنث بالعود وهو الوطء) لأن الله تعالى أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث.

أما إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي، فهو صريح في الظهار؛ لأن آية الظهار نزلت في هذا، وهو حديث خولة لما ظاهر منها ونزلت فيه الآية.

---

(١) أخرجه أبوداود في الطلاق (٢٢١٣)، والترمذي في التفسير (٣٢٩٩)، وابن ماجه في الطلاق بنحوه (٢٠٦٢)، والدارمي (٢٢٧٣). قال الألباني: صحيح.

والظهار الذي كانوا يقولونه : أنت عليّ كظهر أمي .

ولأنه خص ظهر أمه بالتشبيه ؛ لأن زوجته مركوبة ، و محل الركوب من كل مركوب الظهر ، فأراد أن يبين أن مركوبها عليه محرم كموضع المركوب من أمه ، وثبت أن هذا هو الأصل .

وأما إذا قال : أنت عليّ كظهر امرأة أجنبية ، فهو أيضاً ظهار ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : لا يكون ظهاراً .

دليلنا : أنه شبهها بمن هي محرمة عليه فكان مظاهراً ، كما لو شبهها بأمه.

وأما إذا قال : أنت علي حرام ، فظاهره وإطلاقه يقتضي الظهار ، فإن عدل به عن ظاهره إلى الطلاق بقرينة متصلة ، فقال : أنت عليّ حرام ، أعني به الطلاق كان طلاقاً ، وإن كانت القرينة منفصلة ، فقال : أنت عليّ حرام ، وسكت ، ثم قال : عنيت به الطلاق، لا يقبل منه ، وكان ظهاراً ، وليس يمنع مثل هذا ، ألا ترى أنه لو قال لزوجته : والله لا وطئتك ، والله لا جامعتك ، فإن إطلاقه وظاهره يقتضي اليمين ويكون مولياً ، فإن عدل به عن ظاهره إلى غير اليمين ، فإن كان ذلك بقرينة متصلة فقال : والله لا وطئتك برجلي ، والله لا جامعتك بجسمي في بيت ؛ لم يكن مولياً ، ولو أطلق القول ثم قال : عنيت به لا وطئتك برجلي ، لا جامعتك بجسمي في بيت ، لم يقبل منه وكان مولياً ، كذلك هاهنا ، ويفارق هذا إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي ، أعني به الطلاق أنه لا يكون طلاقاً ، لأن ذلك اللفظ صريح في الظهار ظاهراً وباطناً ، فهو كما لو قال : والله لا جامعتك . والدلالة على أن إطلاق لفظة التحريم يقتضي الظهار ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : لا يقتضي الظهار . ما روي عن عثمان أنه قال في الرجل

يقول لامرأته : أنت عليّ حرام ، قال : هو بمنزلة الظهار[١] .

وعن ابن عمر[٢] أنه إذا قال لامرأته : هي عليّ حرام ، ثم أمسكها يعتق رقبة أو يصوم .

وعن ابن عباس[٣] : في الحرام عتق رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً .

ولأنه حرمها على نفسه ، فكان ظهاراً ، دليله : إذا شبهها بظهر أمه ، يبين صحة هذا : أنه إذا قال : أنت عليّ حرام ، فقد نصّ على تحريمها .

وإذا قال : أنت عليّ كظهر أمي ، فقد شبهها بالمحرمات ، والنص على الشيء آكد من تشبيهه به ، فيجب أن يكون ظهاراً .

وأما إذا حرم عضواً من أعضائها فإنه يكون مظاهراً أيضاً ؛ لأنه اجتمع فيها تحريم وتحليل وهو مما لا يتبعض ، فيجب أن يغلب حكم التحريم ، كما لو طلق بعضها فإنه يغلب الحظر في إكمال الطلاق في جميعها ، كذلك هاهنا .

وقوله : « فلا يطأها حتى يكفر » كفارة الظهار ، وذلك أن كفارة الظهار تجب بشرطين ، ظهار وعودة ، فالظهار : وجود اللفظ ، والعودة : هو العزم على الوطء ، فإذا عزم عليه فقد عاد ، ووجبت الكفارة ، خلافاً لمجاهد والثوري في قولهما : تجب الكفارة بمجرد قوله ، وخلافاً للشافعي في قوله

---

(١) لم أجد من أخرجه . وقد ذكره ابن قدامة في المغني (٧/ ٣٤٣) .

(٢) لم أجد من أخرجه . وفي المحلى لابن حزم (١٠/ ١٢٥) أن ابن عمر قال: الحرام يمين. وقال : كفارة يمين .

(٣) رواه ابن أبي شيبة (١٢١٥٩) . وذكره ابن قدامة في المغني (٧/ ٣٤٣)عن ابن عباس.

في صفة العود ، فعنده أن العود إمساكها على الزوجية ، فمتى أمسكها فقد وجبت الكفارة ، فإن طلقها عقيب الظهار فلا كفارة .

والدلالة على مجاهد والثوري : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة : ٣] فأوجبها بشرطين: ظهار، وعودة ، والحكم إذا علق بشرطين لم يجز تعلقه بأحدهما ، كقوله: من دخل الدار وأكل فله دينار ، فإن الاستحقاق يتعلق بهما معاً لا بأحدهما ، كذلك هاهنا .

والدلالة على الشافعي رحمه الله : هو أن البقاء على النكاح مع القدرة على الطلاق يوجب الكفارة ، دليله : لو طلقها رجعية فإنه لا يلزمه كفارة ، والرجعية زوجه وأحكامها أحكام الزوجات .

ولأن الظهار يقتضي التحريم ، فإذا أراد وطئها واستباحتها فقد رجع عن ذلك التحريم وفسخه ، فجاز أن يسمى عائداً .

وأما إمساكها زوجة فلا يجوز أن يكون عوداً ؛ لأن الإمساك ضد التخلية، والظهار لا يقتضي التخلية، فلا يكون إمساكه على النكاح عوداً .

وقوله : « فإن مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة » وذلك لأنا قد بينا أنها إنما تجب بالعود ، والعود هو العزم على الوطء ، ولم يوجد منه ذلك، فلهذا لم تجب الكفارة عليه .

وقوله : « فإن تزوجها لم يطأها حتى يكفر » فذلك لأن اليمين انحلت بالطلاق كما ينحل الإيلاء بالطلاق .

ولأنه متى تزوجها وقد بقي من مدة الإيلاء ما يضرب له ، فإنه يوجد كذلك هاهنا ، لأنها يمين مكفرة ، فيجب أن يبنى فيها نكاح على نكاح كالإيلاء ، وكما

مثلاً في الطلاق يبنى نكاح على نكاح في يمين الطلاق .

مسألة : قال : (وإذا قال لامرأة أجنبية : أنت عليّ كظهر أمي ، لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بكفارة الظهار) خلافاً للشافعي في قوله : لا ينعقد الظهار قبل النكاح ، وله وطؤها، ولا كفارة عليه .

دليلنا : ما روى المروزي قال : قرأت على أبي عبدالله رحمه الله ، نا وكيع، ثنا مالك، عن سعيد بن عمرو بن (سليم)[1]، عن القاسم بن محمد، عن عمر بن الخطاب قال في رجل قال : إن تزوجت فلانة فهي عليّ كظهر أمي ، وتزوجها قال : عليه كفارة الظهار [2] ، ولا يعرف له مخالف .

لأنها يمين تكفر، فصح إيقاعها قبل عقد النكاح، دليله: اليمين بالله، وهو إذا قال لامرأة أجنبية : لا وطئتك ، ثم تزوجها فإن تلك اليمين منعقدة في حقه ، فإذا وطئها تعلقت به الكفارة ، كذلك هاهنا ، يبين صحته: أن الظهار يمين، بدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لأوس بن الصامت: «كفر عن يمينك»[3].

ولأنه حكم من أحكام النكاح تكرر فيه ، ولا ينحصر بعدد ، فوجب أن يكون يميناً كالإيلاء ، وإذا ثبت أنه يمين أشبه اليمين بالله تعالى في جواز تقدمها قبل النكاح ، ولا يلزم عليه الطلاق؛ لأنا قلنا: يمين تكفر ، والطلاق لا يكفر، فلهذا لم ينعقد ، ثم الفرق بين الظهار والطلاق من وجهين : أحدهما: أن الطلاق حل العقد ، فلا يصح أن يتقدم العقد ، وليس كذلك الظهار ؛ لأنه ليس

---

(١) في (س) : سليمان .

(٢) أخرجه البيهقي (٧/ ٣٨٣) وقال : هذا منقطع .

(٣) سبق تخريجه .

يحل العقد . وإنما هو تحريم للوطء بمعنى يزول ، وهذا لا يمنع مقارنته بدليل أنه يصح العقد عليه وهي حائض وصائمة .

ولأن الطلاق إذا قارن العقد فهو معنى يرفع الاستباحة بكل حال ؛ لأنه يرفع العقد ، والظهار لا يرفع، وإنما يعلق الإباحة بشرط الكفارة ، وذلك لا يمنع العقد ، فلهذا فرقنا بينهما .

وقد فارق الظهار اليمين بالله من وجه : وهو لو حلف على امرأة أجنبية أنه لا يطأها سنة ثم تزوجها، فمتى وطئها كان عليه الكفارة ، ولا يكون مولياً بمعنى أنه لا يؤجل لها ، كما لو كانت اليمين بعد العقد ، وفي الظهار يجرى حكمه قبل العقد كما يجرى بعد العقد في التحريم ، وإنما افترقنا من هذا الوجه ؛ لأن المولي إنما يؤجل ، لأنه قصد الإضرار بها والامتناع منها ، وهذا القصد لا يكون قبل النكاح ، فلهذا لم يؤجل ، وليس كذلك الظهار ، لأن أكثر ما فيه أنه يتضمن تحريمها عليه ومنعه منها قبل الكفارة ، وهذا يوجد قبل النكاح كما يوجد بعده، فهو بمنزلة اليمين بالله تعالى لما كان مقتضاها وجوب الكفارة بالحنث لم يفترق الحال بين تعلقها قبل العقد وبعده .

مسألة : قال : (ولو قال : أنت عليّ حرام ، وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء إن تزوجها ؛ لأنه صادق ، وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بالكفارة) وذلك لأن الحرام كناية في حق الأجنبية ، لأن قوله: أنت عليّ حرام يحتمل أن يكون نوى به في هذه الحال التي أتت عليها وهو كونها أجنبية ، ويحتمل أن يريد بالتحريم في كل حال ، فلهذا يرجع إلى نيته ، فإن نوى في الحال، فلا ينعقد الظهار ، ولا كفارة عليه متى تزوجها؛ لأنه وصفها بما ليست صفة لها ، وإن نوى به في كل حال انعقد ظهاره، وكان عليه الكفارة

متى تزوجها ، لأنه وصفها بما ليست صفة لها ، لأن تحريم الأجنبية في حال دون حال ، وهذا مبني على ما تقدم من أن الحرام صريح في الظهار .

مسألة : قال : (ولو تظاهر من زوجته وهي أمة فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ولم يطأها حتى يكفّر) .

أما الظهار من الزوجة الأمة فصحيح لعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ الآية .

وكل من صح طلاقها صح الظهار منها ، كالحرة .

ولأنها كالحرة في عامة أحكامها من الإيلاء دون اللعان ، والعدة ، وعدة الوفاة ، كذلك الظهار مثله .

فإن ملكها قبل العود والكفارة انفسخ النكاح ، لأن الزوج إذا ملك زوجته انفسخ النكاح ، وإذا انفسخ لم تسقط اليمين ، ولا يجوز له (العود)[1] حتى يأتي بكفارة الظهار على ما نقله الخرقي .

وقال أبوبكر بن جعفر من أصحابنا : تسقط يمين الظهار بفسخ النكاح ، فإذا وطئها كان عليه كفارة يمين .

وجه ما نقله الخرقي : أنه لا خلف عن أحمد رحمه الله أنه لو طلقها قبل أن يعود ثم تزوجها عادت اليمين، ولم يجز له وطؤها حتى يكفر، كذلك هاهنا.

ولأنه لو طلقها ثلاثاً وهي زوجة أمة ثم ملكها وانفسخ النكاح لم يبح له وطؤها حتى تنكح زوجاً غيره ، فأجرى حكم الوطء بعقد النكاح، لأن على

---

(١) في (س) : العقد .

قوله تنقلب يمين الظهار إلى حكم اليمين بالله ، لأنه لم يوجب عليه كفارة يمين ، ولا يخرج على الأصول أن يمين الظهار تنقلب يميناً بالله تعالى .

ووجه قول أبي بكر : أنه إذا ملكها جعل وطأه بملك اليمين ، والسيد لا يلزمه كفارة الظهار بوطئه بملك اليمين ، لأن الظهار من الأمة لا يصح ، وإنما يلزمه كفارة يمين ، فلهذا لم تلزمه كفارة ظهار .

مسألة : قال : (ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة) خلافاً للشافعي في أحد القولين : يلزمه أربع كفارات .

دليلنا قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة : ٣]

فأخبر عمن تظاهر من نسائه بأن عليه كفارة ، ولم يفرق بين من تظاهر من جميع زوجاته أو من إحداهن .

ولأنه منع نفسه من قربهن بلفظ واحد ، فوجب أن تجزئ كفارة واحدة، كما لو آلى منهن بكلمة واحدة .

ولأنه لفظ كان طلاقاً في الجاهلية ، فنقل إلى غيره ، فإذا علقه على جماعة بكلمة أجزأه كفارة واحدة ، دليلنا : ما ذكرنا .

ولأن كفارة الظهار عقوبة تتعلق بقول المنكر والزور ، والعقوبات المتعلقة بالمنكر تتداخل ، بدلالة أنه لو قذف جماعة بكلمة واحدة وجب عليه حكم واحد ، ولأن عندنا أن الظهار يمين ، وقد دللنا عليه .

وإن كان يميناً فاليمين إذا علقت بجماعة نسوة بأن يقول : والله لا أصبتكن ، فإنه يكفر في رفع ذلك كفارة واحدة ، كذلك هذا .

مسألة : قال : (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل) وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ فأمر بذلك .

وكذلك في قصة أوس بن الصامت وسلمة بن صخر أمرهما النبي ﷺ بعتق الرقبة أولاً ، فدل على وجوبها .

وقوله : « سليمة من العيوب المضرة بالعمل » خلافاً لداود في قوله : يجزئ عتق المعيب المضر بالعمل .

دليلنا : أن غالب ما يُقتنى له العبد العمل والخدمة ، فوجب أن يكون الاعتبار بما يؤثر فيه .

ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام وتمليك المنافع ليكسب ويعتبر من كسبه ، فإذا أعتقه انتقل ملك رقبته إلى الله تعالى لا إلى مالك ملك هو منافع نفسه بما ذكرنا في الكسب ، فإذا كان به ما يؤثر في المقصود لم يجزئ، و إن كان لا يضر الإضرار البين أجزأه ، وكان هذا بمنزلة المعاوضات ، وهو أن المقصود من النكاح الاستمتاع ، وإذا كان به عيب يمنع المقصود به كالرتق والقرن أفاده الخيار ، فإذا كان لا يضر كالعمى والقطع فلا خيار له ، وكذلك المقصود من البيع الأثمان ، فأي عيب قدح في الثمن كان له الخيار، وإن لم يقدح فلا خيار ، كذلك هاهنا .

والعيوب التي تضر بالعمل مثل العمى ؛ لأنه لا يمكنه حفظ شيء، ولا السعي في حوائجه، ولا الكسب ، وكذلك المقطوع اليدين أو أحدهما ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : المقطوع اليد والرجل من خلاف يجزئ.

دليلنا : أنه عيب يضر بالعمل ؛ فأشبه المقطوع اليدين والرجلين .

وقطع بعض الأصابع يضر بالعمل ، وقد شرحناه في غير هذا الموضع ، وكذلك الأعرج إذا كان لا يتمكن من المشي ، وكذلك المجنون إذا كان مطبقاً لا يفيق ؛ لأنه ساقط المنفعة .

مسألة : قال : (فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن أفطر فيهما من عذر بنى ، وإن كان من غير عذر ابتدأ) .

وذلك لقوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ [المجادلة : ٤] وقول النبي ﷺ في قصة أوس وسلمة بن صخر « أعتقا » قالا : لا نجد . قال : «فصوما شهرين متابعين»[(١)] .

فإن أفطر فيهما من غير عذر مثل أن يأكل عامداً ، أو جامع ، استأنف الشهر لقوله تعالى: ﴿شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ .

فإذا أفطر فيهما لم يأت بالتتابع ، وإن (أفطر)[(٢)] لعذر مثل المرض والإكراه على الفطر فإنه يبني على صومه ، خلافاً للشافعي في أحد قوله : «إن المرض يقطع[(٣)] التتابع » .

دليلنا : أن سبب الفطر بغير فعله ، فأشبه طريان الحيض في كفارة القتل في حق المرأة ، وكفارة الفطر في شهر الصوم .

ولأنه لا يؤمن في القضاء مما لحقه في الأداء ، فلم يجب عليه الاستئناف،

---

(١) سبق تخريجه . ولكن ليس فيه خطاب المثنى الذي لم نقف عليه بحال.

(٢) في (س) : الفطر .

(٣) في المخطوط : لا يقطع .

كمن أكل ناسياً .

مسألة : قال : (وإن أصابها في ليال الصوم أفسد ما مضى من صومه، وابتدأ الشهرين) خلافاً للشافعي في قوله : لا يقطع التتابع .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ فأوجب شهرين بشرطين : أحدهما : تقدم الشهرين على المسيس .

والثاني : إخلاءهما عن المسيس ، فكان تقديره : لا مسيس فيهما ، فإن وطئها في خلال الشهرين ، فقد فات أحد الشرطين .

ولأنه تحريم وطء لا يختص الصوم ، فاستوى فيه الليل والنهار ، دليله : تحريم الوطء في الاعتكاف .

ولأنه وطء في أثناء شهري الصوم (للظهار)[1] ، فقطع التتابع كالوطء بالنهار عامداً .

مسألة : قال : (فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً مسلماً حراً لكل مسكين مدّ من حنطة ، أو دقيق ، أو نصف صاع من تمر أو شعير) وذلك لقوله تعالى : ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ .

وكذلك قوله عليه السلام في قصة أوس بن الصامت وسلمة بن صخر «أطعما ستين مسكيناً»[2] .

وقوله : « مد من حنطة أو دقيق أو نصف صاع من تمر أو شعير » ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يجزئ إخراج الدقيق، ويجزئ مد من التمر

---

(١) في (س) : الظهار .

(٢) سبق تخريجهما .

والشعير كما يجزئ في البر .

والدلالة على إيجاب نصف صاع تمر أو شعير : ما روى عبدالله بن أحمد قال : حدثني أبي رحمه الله ، نا إسماعيل قال : ثنا أيوب ، عن أبي (يزيد)[1] المدني قال : جاءت امرأة من بني بياضة بن سوار بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ للمظاهر : « أطعم هذا ، فإن مدّين شعير مكان مدّ بر »[2] وهذا نص .

ولأن هذه كفارة أخرج فيها التمر ، فوجب أن يكون ما يصرف إلى كل فقير نصف صاع ، دليله : فدية الأذى .

والدلالة على جواز إخراج الدقيق : هو أنه يجزئ في صدقة الفطر عندنا فأجزأ في الكفارة كالبر .

ولأن الحنطة ودقيقها في حكم الجنس الواحد ، بدليل أنه لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً ، ثم ثبت أن الحنطة تجزئ ، كذلك الدقيق .

وقوله : « إطعام ستين مسكيناً مسلماً حراً » يعني أن العبيد لا يصرف إليهم منها ، وذلك لأن العبد غني بسيده ، لأنه لا يجوز دفع الزكاة إليه فلم يجز دفع الكفارة إليه ، دليله : الكافر .

مسألة : قال : (ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى على ما مضى من صيامه ، وكذلك إن ابتدأ في أول ذي الحجة أفطر يوم الأضحى وأيام التشريق، وبنى على ما مضى من صيامه) خلافاً للشافعي رحمه

---

(١) في (س) : سيد . انظر : سنن البيهقي (٧/ ٣٢) .

(٢) لم أجده في مسند الإمام أحمد رحمه الله، وقد أخرجه البيهقي في سننه (٧/ ٣٢) ، والحارث في مسنده (٥٠٥) .

له في قوله : يبطل التتابع بتخلل هذه الأيام .

دليلنا : أنه ممنوع من صيام هذه الأيام بالشرع ، فلم يقطع ذلك التتابع ، دليله : لو منعها منه حيض أو نفاس .

ولأنه لا يمتنع أن يمكنه الاحتراز من ذلك ، ولا يقطع تتابعه ، ألا ترى أن المأموم لا يجوز أن ينفرد عن إمامه ، ومع هذا فلا يمتنع المسبوق من متابعة الإمام ، وإن كان يعلم أنه يدخل في صلاة يصير في آخرها منفرداً ، وكذلك الوقت في صلاة الجمعة شرط، فلو بقي من الوقت مقدار ركعة جاز له أن يحرم بالجمعة وإن كان يعلم أنه يخرج منها ويجعلها ظهراً عند الشافعي ، وكذلك لو نذر اعتكاف شهر في غير مسجد الجامع ، فإنه إذا خرج إلى الجامع لم ينقطع تتابعه، وإن كان يمكنه الاحتراز منه بأن ينذر اعتكافه في المسجد ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإن كان المتظاهر عبداً لم يكفر إلا بصيام ، وإذا صام فلا يجزيه إلا شهرين متتابعين) .

ظاهر كلام الخرقي أنه إن كفر بغير الصوم لم يصح ، وهذا مبني على أصل، وهو إذا ملكه السيد وأذن له في الإخراج ، فإن قلنا: يملك صح تكفيره، وإن قلنا : لا يملك لم يصح تكفيره بغير الصوم، لأنه كفر ما لا يملكه، ومتى لم يأذن له لم يجز تكفيره بغير الصوم سواء قلنا : يملك أو لا يملك . ولأنه وإن ملك فهو محجور عليه، ويكون فرضه الصيام لقوله تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ ﴾ .

والعبد أسوأ حالاً من الحر المعسر ؛ لأن الحر لا يملك، فصح منه الوجود،

والعبد غير واجد، ولا يصح منه الملك .

وإذا كان فرض الحر المعسر الصوم فبأن يكون فرض العبد الصوم أولى.

مسألة : قال : (ومن وطء قبل أن يأتي بكفارة الظهار كان عاصياً وعليه الكفارة المذكورة) خلافاً لما حكي عن أبي حنيفة في قوله : هو عاص ولا تثبت في ذمته الكفارة .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ فعلق وجوب التحريم بشرطين ، فإذا وجد أوجب، كما لو قال : من دخل الدار ثم أكل فله درهم ، فإنه إذا وجد الشرطان حصل الجزاء .

ولأنه عتق له بدل هو صوم، فجاز أن يثبت في الذمة ، كالعتق في كفارة القتل. أو نقول : تكفيره بعتق فجاز أن يثبت في الذمة ، دليله : ما ذكرنا .

مسألة : قال : (وإذا قالت المرأة لزوجها : أنت عليَّ كظهر أمي ، أو أنت علي حرام ، لم تكن مظاهرة ، ولزمها كفارة الظهار ، لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور) .

إنما لم تكن مظاهرة؛ لأن الله تعالى أضاف الظهار إلى الرجل لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ فوصفهم بالظهار .

وإنما وجبت عليها كفارة الظهار ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : لا كفارة عليها : هو أن الله تعالى جعل العلة في وجوب الكفارة على الرجل بقول المنكر والزور بقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾، وهذا اللفظ قد شاركت الزوج فيه ، فيجب أن تكون عليها الكفارة .

ولأنه إجماع الصحابة . روى علي بن مسهر الشيباني قال : كنت جالساً في

المسجد أنا وعبدالله بن معقل المزني ، فجاء رجل إلينا حتى جلس إلينا ، فسألته من أنت؟ فقال : أنا مولى لعائشة ابنة طلحة (التي)[1] أعتقتني عن ظهارها ، خطبها مصعب بن الزبير ، فقالت : هو عليَّ كظهر أبي إن تزوجته ، ثم رغبت فيه بعد ، فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ ، وهم يومئذ كثير ، فأفتوها أن تعتق رقبة وتتزوجه، فأعتقتني وتزوجته[2] .

وهذا إجماع الصحابة ، وفيه دلالة على مسألتين : إحداهما : أن الكفارة تجب على المرأة إذا أتت بالظهار .

والثاني : إذا ظاهر من أجنبية، أو ظاهرت من أجنبي أن الكفارة تجب متى تزوجها أو تزوجته .

ولأنها يمين مكفرة ، فاستوى في كفارتها الرجل والمرأة ، كاليمين بالله تعالى ، وقد دللنا على أن الظهار يمين فيما تقدم .

ولأنها أحد الزوجين، فجاز أن تتعلق بها كفارة الظهار، دليله: الزوج.

ولأنها عقوبة تجب بقول المنكر والزور ، فاستوى فيها الرجل والمرأة ، كالحد في القذف .

مسألة: قال: (وإذا تظاهر من زوجته مراراً ولم يكفر فكفارة واحدة) .

ظاهر كلام الخرقي أن فيه كفارة واحدة ، سواء قصد بالثاني استئناف ظهار ثان أو تأكيد الأول ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : إن قصد بالثاني استئناف ظهار فهو ظهار ثان .

---

(١) في (س) : الذي .

(٢) رواه الدارقطني ٣/٣١٩ (٢٧١)، وسعيد بن منصور (١٨٤٨)، وعبدالرزاق (١١٥٩٦) بنحوه.

دليلنا : أنه حرمها بالأول ، فإذا أعاده ثانياً لم يفد تحريماً غير الذي أفاد الأول ، فوجب أن لا يعلق به حكم ، ويفارق هذا إذا كان قد كفر عن الأول ، لأنه قد رفع ذلك التحريم ، فإذا تظاهر ثانياً ، فقد أثبت تحريماً لم يكن ، فلهذا وجب فيه كفارة ثانياً ، كذلك إذا قال لمدخول بها : أنت طالق ، وقصد بالثاني استئناف طلاق ثان ، فإنه يلزمه طلقة ثانية .

* * *

كتـاب اللعـان

اشتقاق اللعان من اللعن. واللعن في اللغة: الإبعاد والطرد ، يقال: لعنه الله ، أي أبعده وطرده ، فسمي هذا الحكم لعاناً ؛ لأنه لا ينفك الفراغ منه من الإبعاد من الله تعالى والطرد .

ولأن أحدهما لابد أن يكون كاذباً داخلاً تحت الإبعاد والطرد والغضب، فلهذا سمي لعاناً . ويقال للمنفرد باللعن : التعن الرجل إذا لعن نفسه . ويقال : تلاعن الزوجان ، ولاعن الحاكم بينهما ، والتعن الزوجان وتلاعنا ، الكل واحد .

والأصل في اللعان قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ ﴾ [النور : ٦] .

وأيضاً روي في قصة عويمر العجلاني ، فذكر قصة طويلة إلى أن قال : فأتى النبي ﷺ فقال : أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال النبي ﷺ : « أنزل الله عز وجل فيك وفي زوجتك قرآناً » فتلاعنا ، فلما فرغا قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها بحضرته ثلاثاً قبل أن يأمر النبي ﷺ [1] .

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق (٤٩٥٩) ، ومسلم في اللعان (١٤٩٢) .

وروى ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن السحماء، فقال النبي ﷺ: «البيّنة أو حدّ في ظهرك» قال: يا رسول الله، إذا (رأى)[1] أحدنا رجلاً على امرأته يلتمس البينة؟ فجعل رسول الله ﷺ يقول: «البيّنة وإلا حد في ظهرك» فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلنّ الله تعالى في أمري ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور: ٦][2].

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة فقال لها: زنيت، أو يا زانية، أو رأيتك تزنين، ولم يأتِ بالبينة لزمه الحد إن لم يلتعن، مسلماً كان أو كافراً، حراً كان أو عبداً).

وجملة هذا أن الرجل إذا قذف زوجته على الصفة التي ذكرناها فيه وجب عليه الحد - يعني حد القذف بذلك - وله الخروج من موجب قذفها بأحد أمرين، إما بالبينة أو باللعان لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦] الآية فبين انه إذا لم يجد بينة غير نفسه فإنه يلاعن، وأيضاً روي أن النبي ﷺ لاعن بين العجلاني وزوجته[3].

ولأن بالزوج حاجة إلى اللعان؛ لأنها تلحق به العار، وإذا أتت بولد لحقه، وباللعان ينفيه، فخفف عليه، فجعل له الخروج من موجب القذف بشيئين،

---

(١) في الأصل: رانا.

(٢) أخرجه البخاري في الشهادات (٢٥٢٦)، وفي التفسير (٤٤٧٠) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) رواه البخاري في الطلاق (٤٩٥٩)، ومسلم في اللعان (١٤٩٢).

ويفارق هذا قذفه الأجنبية حيث لم يكن له الخروج من قذفها إلا بشيء واحد ، وهو إقامة البينة ، لأنه لا حاجة به إلى قذف امرأة أجنبية ؛ لأن عارها لا يلحقه ، فإذا أتت بولد لم يلحقه ، بل ندب إلى التغطية والسترة على ما كان منهما ، فإذا قدم على قذفها غلظ عليه، فجعل ما يخرج به من موجب القذف شيء واحد ، فظاهر كلام الخرقي أنه يلاعن ما لم يأت بالبينة، سواء كان الزوج قادراً على إقامة البينة أو لا يقدر ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : ليس له أن يلاعن إلا إذا عجز عن إقامة البينة .

دليلنا : أن النبي ﷺ لاعن بين العجلاني وزوجته ، وبين هلال بن أمية (وزوجته)[1] ، ولم يسألهما البينة والعجز عنها ، و لو كان الحكم مختلف لاستفصل الحال .

ولأن اللعان يتعلق به نفي النسب، وزوال الفراش، والتحريم، وسقوط الحد، والبينة لا تتعلق إلا بسقوط الحد ، فكانت الحاجة داعية إلى سقوط اللعان مع القدرة على البينة، كما تدعو إليه عند العجز عنها، فجاز في الحالين .

وله اللعان: سواء أضاف القذف إلى مشاهدة ، وهو أن يقول : رأيتك تزنين، أو يا زانية ، فإن له اللعان وإن لم تكن حاملاً ، خلافاً لمالك في قوله: إن أضافه إلى مشاهدة فله اللعان ، وإن لم يضفه؛ فإن كانت حاملاً فله اللعان، وإن لم تكن حاملاً لم يكن له اللعان ، ولكن يقال له : إن أقمت البينة وإلا فعليك الحد .

دليلنا : قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾ [النور :٦] وهذا زوج قد رمى زوجته ، ولم يفرق .

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق .

ولأنه معنى يخرج به من القذف بالمشاهدة ، فوجب أن يخرج به القذف الذي لا يضاف إلى مشاهدة كالبينة .

ولأنه قذفها بزنى مضاف إلى الزوجة ، فوجب أن يكون له تحقيقه باللعان ، كما لو كان مضافاً إلى مشاهدة .

وكل من كان له تحقيق قذفه باللعان كان له تحقيقه وإن لم يكن مضافاً إلى المشاهدة كالحامل ، فإن امتنع من اللعان ومن إقامة البينة حد للقذف ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا حدّ عليه، ويحبس حتى يلاعن .

وأصل الخلاف أنه أوجب عليه الحد، وجعل له اللعان ليتخلص به من الحد ، وعندهم الواجب عليه اللعان دون البينة .

دليلنا : حديث هلال بن أمية لما قذف زوجته عند رسول الله ﷺ بشريك ابن السحماء فقال له النبي ﷺ : « البينة أو حدّ في ظهرك » إلى أن قال : فنزل قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ ﴾ إلى أن قال : فلاعن رسول الله ﷺ بينهما ، فلما لاعن الرجل أربعاً قال النبي ﷺ : «اتق الله ، فإنها الموجبة وإن عذاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة » [1] .

فمن الخبر دليلان : أحدهما : قوله : « البينة وإلا حدّ في ظهرك » ولم يلتفت إلى قوله ، وهذا نص .

والثاني : أن النبي ﷺ لاعن بينهما ، فلما التعن الزوج أربعاً وبقيت الخامسة قال له : « اتق الله فإنها الموجبة ، وإن عذاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة» .

---

(١) أخرجه البخاري في التفسير (٤٤٧٠) بمعناه ، ورواه أبو داود في الطلاق (٢٢٥٤)، والترمذي في التفسير (٣١٧٩) بلفظ مقارب .

فدل على أمرين : أحدهما : أن اللعان يجب عليه؛ لأن النبي ﷺ حذره منه ، فلو لم يكن واجباً لما حذره منه .

والثاني : هو أنه قال : « ولعذاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة » .

وثبت أن الحد كان قد وجب عليه ، ولأن العذاب هو الحد ، وعندهم الواجب اللعان لا العذاب .

ولأنه قذف لو أكذب نفسه حد ، فوجب أن يكون الحد واجباً بالقذف ، كما لو قذف أجنبية ، يبين صحة هذا : أنه لو كان الواجب بقذفه فيه هو اللعان لوجب إذا أكذب نفسه أن يسقط اللعان بإكذابه نفسه ، فلما ثبت أن الحد يجب ثبت أن وجوبه بالقذف الأول .

ولأنه حر قذف عفيفة يقاد بها ، فوجب أن يلزمه الحد ، كما لو قذف أجنبي أجنبية ، يبين صحة هذا : أن الأجنبي إنما لزمه الحد بالقذف ؛ لأن حالة المعرة على المقذوف وهو في الزوج أكثر ؛ لأن قوله يقبل على زوجته أكثر مما يقبل قول الزوج على الأجنبية ، فكان إيجاب الحد أولى ، ولا فرق بين أن يكون الزوج مسلماً أو كافراً أو عبداً ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يصح اللعان إلا من زوج تصح شهادته، وإن كان ممن لا تصح شهادته كالكافر والعبد لم يصح لعانه .

والخلاف معه في فصلين: في صحة اللعان في حق الكافر والعبد ، وفي اللعان هل هو يمين أو شهادة ؟

فالدلالة على صحة اللعان : قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ وهذا عام في كل زوج وزوجة.

ولأن كل زوج صح قذفه صح لعانه كالحر المسلم .

وكل معنى صح أن يخرج به من القذف من كان من أهل الشهادة صح أن يخرج به من ليس من أهلها كالبينة ، ويؤكد هذا أن الزوج إنما فارق الأجنبي في تخصيصه باللعان لحاجته إلى قذف زوجته ، وهو أن ينفي عنه النسب الفاسد، فيزيل المعرة عنه ، والأجنبي لا حاجة به إلى ذلك ، فاختلفا في اللعان لاختلافهما في معناه ، وهذا المعنى يشترك فيه من هو من أهل الشهادة ومن ليس من أهلها ، لأن النسب الفاسد يلحق الجميع، فبهم حاجة إلى نفيه ، والمعرة تلحقه بزنى الزوجة فبهم حاجة إلى إزالته ، فاشتركا في اللعان لاشتراكهم في معناه .

والذي يدل على أن اللعان ليس بشهادة : أن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية لما نزلت آية اللعان : « احلف »[1] فسمى اللعان يميناً .

وقال في هذا الخبر أيضاً : « إن أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه إلا كاذباً ، وإن أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه إلا صادقاً » فأتت به على النعت المكروه فقال : « لولا الأيمان (لكان)[2] لي ولها شأن »[3] . ولم يقل: لولا الشهادات .

ولأنه لو كان شهادة لم يكن للتكرار فيه مدخل ؛ لأنه لا مدخل لهم في الشهادة ، وهاهنا افتقر إلى تكرار اللفظ ، والأيمان قد يتكرر اللفظ بها في

---

(١) أخرجه الحاكم وصححه (٢/ ٢٢٠) ، والبيهقي (٧/ ٣٩٥) .

(٢) في (س) : لكل .

(٣) أخرجه أبوداود في الطلاق (٢٢٥٦)، وأحمد (١/ ٢٣٨) ، والبيهقي (٧/ ٣٩٥)، والدارقطني (٣/ ٢٧٤، ٢٧٨) .

بعض المواضع وهي القسامة ، ولو كان شهادة لما صح من الأعمى والفاسق ، لأنهما ليسا من أهل الشهادة ، فدل على ما ذكرناه .

مسألة : قال : (ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته) .

معنى هذا الكلام أنه إذا لم يلاعن ولم يقم البينة على ذلك وأوجبنا عليه الحد ، فإن الإمام لا يستوفيه حتى تطالبه زوجته بذلك ، وكذلك إذا قذف أجنية ولم يقم البينة ، وأوجبنا عليه الحد، فإنه لا يستوفى منه إلا بعد المطالبة من المرأة ، فإن أسقطته سقط ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : ذلك حق الله عز وجل ولا يسقط بعفوها .

دليلنا : أنه حق على البدن إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع ، فوجب أن يكون حقاً لآدمي ، دليله : القصاص ، ولا يدخله عليه إذا سرق سواري المسجد ، فإنه يلزمه الغرم بإقراره ، ولا يسقط بالرجوع ، وهو حق لله تعالى؛ لأن ذلك الحق في الذمة لا على البدن ، ولأنه حق لا يستوفيه الإمام إلا بعد المطالبة ، فوجب أن يكون حقاً لآدمي ، كالقصاص ، ولا يدخل عليه هذا القطع، في السرقة ، لأنه يستوفي من غير مطالبة بالقطع، وإنما المطالبة بالغرم دون السرقة ، وهو أن يكون هناك شبهة لا يعرفها السارق ، فإذا عرفت سقط القطع مثل أن يكون المسروق منه وقفها ، أو هي وديعة لا يعلمها غيره ، فعلم أن المطالبة تحصل للغرم بعلمها دون السرقة ، فإذا وجدت المطالبة استوفى الإمام القطع ورد المال ، فأما أن يقطع بالمطالبة فلا .

وصفة المرأة التي يلزم الزوج الحد بقذفها وجعل له التخلص من ذلك بالبينة أو باللعان ما ذكره الخرقي وهو إن قال : إذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة، فوصفها بهذه الصفات – البلوغ والإسلام والحرية – ، فإن عدمت هذه

الصفات، فكانت أمة أو كافرة فإنه يلاعن لينفي النسب؛ لأن ولده (لا يلحق)[1] به منهم، ولا يلاعن لإسقاط الحد، لأن الحد لا يجب عليه بقذف الأمة، ولا بقذف الكافرة، ولا بقذف الصغيرة التي لا يوطأ مثلها.

ومعنى قول الخرقي « البالغة » لم يرد به البالغة بإحدى علامات البلوغ، وإنما أراد بالبلوغ حداً توطأ مثلها فيه، لأنه قد بين ذلك في حد القذف، فاعتبر أن يكون المقذوف له عشر سنين، والمقذوفة لها تسع سنين، وذلك أن حد القذف إنما يجب لإدخال المعرة على المقذوف، من لها دون التسع سنين لا يلحقها معرة؛ لأن مثلها لا يوطأ، فيعلم كذب القاذف، فالمعرة منتفية، وليس كذلك إذا كان لها تسع سنين فصاعداً، لأن مثلها يوطأ والمعرة تلحقها.

وأما الحرية والإسلام فإنما كانا معتبرين؛ لأن عدمها ينافي الإحصان وقد قال الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ﴾ الآية [النور: ٤]، والإحصان في الشرع ينقسم أربعة أقسام: يقع على الزوجية، والحرية، والعفة، والإسلام.

فأما الزوجية فقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ إلى قوله ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٣-٤] يعني الزوجات.

ويقع على الحرائر بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ [المائدة: ٥] يعني الحرائر من أهل الكتاب.

ويقع على العفة بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾

(١) في الأصل: بحق.

[النور : ٢٣] يعني العفايف .

ويقع على الإسلام بقوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ﴾ [النساء : ٢٥] يعني إذا أسلمن ، فإذا كان الحد معلقاً بمن هي من المحصنات ، والإحصان يقع على هؤلاء دون غيرهم ، فلم يجب الحكم عليه بقذفهم .

مسألة : قال : (ومتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً) ظاهر كلامه أن فرقة الحاكم معتبرة في تفريقه اللعان ، وأنها لا تقع بلعان الزوجين، وأنه يحصل بلعانهما ، وفرقة الحاكم ، خلافاً لمالك والشافعي في قولهما : لا تعتبر في ذلك ، وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

فظاهر كلامه أنه بوجود الفرقة تحرم على التأبيد ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن أكذب نفسه بعد اللعان جلد وحلت له .

فالدلالة على أن فرقة الحاكم معتبرة : ما روى سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وزوجته فقال : يا رسول الله ، كذبت ، إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً . فقال سهل : ففارقها (قبل)[1] أن يفرق النبي ﷺ بينهما[2] .

فمنه أدلة : أحدها : أن قوله : « إن أمسكتها » فأخبر أنه ممسك لها بعد اللعان ، فلو كانت الفرقة قد وقعت بينهما لأنكر عليه النبي ﷺ هذا القول، ولم يقره على اعتقاد فاسد .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من المخطوط .

(٢) أخرجه البخاري بنحوه في الطلاق (٥٠٠٣) ، وفي الاعتصام (٦٨٧٤) ، ومسلم في الطلاق (١٤٩٢) .

والثاني : قوله : « هي طالق ثلاثاً » والطلاق الثلاث لا يقع عليها مع بقاء النكاح ، فلو كانت الفرقة وقعت بلعان الزوج لأنكر النبي ﷺ على الزوج ؛ لأن الرجل كان معتقداً بقاء النكاح وجواز وقوع الثلاث .

والثالث : قول سهل: ففارقها قبل أن يفرق النبي ﷺ بينهما .

وروي في قصة العجلاني أنه قال : طلقها ثلاث تطليقات وأجازها رسول الله ﷺ ، وروي فأنفذها رسول الله ﷺ قال سهل : حضرت هذا عند رسول الله ﷺ فمضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما [١] .

ولأن سبب هذه الفرقة يفتقر إلى الحاكم ، فالفرقة المتعلقة به لا تقع بغير الحاكم ، كفرقة العنين .

ولأن اللعان يفتقر إلى لفظ الشهادة ، فوجب أن لا يثبت له حكم حتى ينضم إليه حكم الحاكم ، دليله : الشهادة على سائر الحقوق .

أو نقول: لأنه سبب يخرج به القاذف من قذفه، فوجب أن لا تقع به الفرقة، دليله : البينة .

ووجه الرواية الثانية : ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » [٢] . فنفى اجتماعهما إذا سميا باسم المتلاعنين ، وعلى تلك الرواية هما يجتمعان إلى أن يفرق الحاكم بينهما .

---

(١) أخرجه أبوداود في الطلاق (٢٢٥٠) بلفظ (فانفذه) (٢/ ٢٧٤، ٢٧٥) ، والبيهقي في سننه (٧/ ٤٠١) . قال الألباني : صحيح .

(٢) أخرجه الدارقطني مرفوعاً عن ابن عمر وزاد (إذا تفرقا) (٣/ ٢٧٦) ، والبيهقي (٧/ ٤٠٩-٤١٠) ، قال صاحب التلخيص الحبير (٣/ ٢٣٧٩) : (إسناده جيد) . وقد مضى حديث سهل وفيه : « فمضت السنة بعد في المتلاعنين يفرق بينهما لا يجتمعان أبداً » .

ولأنه لما لم يصح البقاء على النكاح بعد التلاعن دل على أن الفرقة قد وقعت بينهما ، ألا ترى أنه لم يصح البقاء عليه بعد الرضاع ووطء المرأة، (فدل)[1] على وقوع الفرقة بينهما .

ولأنها فرقة تتجرد عن عوض لا تنفرد بها المرأة بحال ، فوجب أن ينفرد بها الزوج كالطلاق .

والدلالة على أن تحريم اللعان يقع مؤبداً : ما روي عن ﷺ أنه قال : «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » .

ولأنه تحريم لا يرتفع بغير جلد وتكذيب ، فلم يرتفع بجلد وتكذيب كتحريم الرضاع ، ولأنه نوع تحريم يحرم جميعه العقد ، فوجب أن يقع مؤبداً، كتحريم أمهات النساء، ولا يدخل عليه تحريم الطلاق، لأنه لا يحرم جميعه العقد .

مسألة : قال : (فإن أكذب نفسه فلها عليه الحد) وذلك لأن اللعان إنما أسقط الحد عنه في الظاهر ، فإن أكذب نفسه فقد تبينا كذبه بما رماها به من الزنى ، فلهذا كان عليه حد القذف .

مسألة : قال : (وإذا قذفها وانتفى من ولدها وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم انتفى عنه إذا ذكره في اللعان ، وإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد) ظاهر كلامه أنه إذا نفى ولدها فعليه أن يذكره في اللعان . وقال أبوبكر بن جعفر من أصحابنا : ليس عليه ذكره .

وجه ما نقله الخرقي : هو أن كل من سقط حقه باللعان كان ذكره فيه شرطاً كالزوجة .

(١) في (س) : دل .

ووجـه قـول أبي بكـر : أن نفـي النسـب إنـما يكـون تبعـاً لـزوال الفـراش ، والفراش يزول بلعانهما جميعاً ، ونفى النسب يتبع ، فلم يكن عليه ذكره .

فإما إن أكذب نفسه بعد نفي الولد لحقه ، لأنا تبيّنا نسبه منه في الظاهر ، فإذا أكذب نفسه عاد النسب ، كما قلنا في سقوط الحد عنه أنه صادق في الظاهر ، فإذا أكذب نفسه علمنا كذبه، فوجب عليه الحد، كذلك يجب أن يلحقه الولد.

مسألة : قال : (وإن نفى الحمل في التعانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يصح اللعان على الحمل .

دليلنا : أن وجود اللعان بوجود الحمل ، والحمل غير متيقن ؛ لأنه يجوز أن يكون ريحاً أو علة فتوهم أنه حمل ، وإذا كان كذلك لم يجز إيجاب اللعان بالشك .

ولأنه إذا لم يكن الحمل متيقناً صار القذف متعلق بشرط وهو أن يقول : إن ولدت ولداً فهو من الزنا ، وليس مني ، ونفي الولد لا يتعلق بالشرط ، ألا ترى أنه لو نفاه بعد الوضع وعلقه بشرط مثل أن يقول: إن دخلت هذه الدار فهذا الولد ليس مني، لم يكن هذا نفياً ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (ولو جاءت امرأته بولد فقال : لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني ، فهو ولده في الحكم، ولا حدّ عليه لها) .

إنما الحد لم يجب؛ لأنه لم يقذفها، وإنما نفى ولدها ، ونفي الولد قد يكون من غير زنى وهو وطء الشبهة .

وأما الولد فإنه لاحق به ، لأن قوله : «ليس مني لأني لم أصبها » وإذا قال هذا قلنا : الولد لاحق به ، وقولك : إنك لم تصبها لا يدل على أنه ليس منك، لأنه قد يكون منك من غير إصابتك بأن يجامعها دون الفرج فيسبق الماء إليها،

وقد تستدخل نطفتك فتحمل منك ، ولا ينظر إلى قول الطبيب أن النطفة إذا بردت لم يخلق الولد (إلا)[1] من نطفتين حارتين في رحمها، وليس له اللعان، ولكن يقال له : إن قذفت لاعنت .

وأما إذا قال : ليس مني . بمعنى أصابك فلان على فراشه بشبهة يظنك زوجته فلا لعان ؛ لأنه قد ينتفي منه بغير لعان، وهو أن يريه القافة ، فإن ألحقته بالواطئ فلا كلام ، وإن ألحقته به كان له نفيه باللعان .

مسألة : قال : (واللعان الذي يبرأ منه من الحد أن يقول الزوج بمحضر الحاكم : أشهد بالله لقد زنت ، ويشير إليها ، وإن لم تكن حاضرة أسماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات ، ثم يقف عند الخامسة ويقال له : اتق الله فإنها الموجبة، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فإن أبى إلا أن يتم فليقل: ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا.

وتقول هي : أشهد بالله لقد كذب أربع مرات ، ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما خوف الرجل ، فإن أبت إلا أن تتم فلتقل : وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا، ثم يقول الحاكم: قد فرقت بينكما).

أما قوله : « اللعان الذي يبرأ به أن يكون بمحضر الحاكم » . فالدلالة عليه : هو أن اللعان الذي كان على عهد رسول الله ﷺ كان بين العجلاني وزوجته، وبين هلال بن أمية وزوجته، وكانا معاً بمحضر النبي ﷺ ، فثبت أنه لا يصح إلا بمحضر من الإمام أو من يقوم مقامه ، ولأنه لا يخلو إما أن يكون يميناً أو شهادة ، وأيهما كان فإنه لا يصح إلا عند الحاكم .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

وقوله : « يشير إليها باللعان إذا كانت حاضرة ، وإن كانت غائبة أسماها ونسبها » حتى[1] تنتفي المشاركة بينها وبين غيرها ، حتى لا يمكنه إضافة ذلك إلى زوجة غيرها .

وأما ألفاظ اللعان : فهي أربعة في حق كل واحد منهما ، والخامسة اللعن في حقه ، والغضب في حقها ، فإن نقص من ألفاظه لفظة واحدة لم يتعلق باللعان حكم من أحكامه ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن أتى بأكثر ألفاظ اللعان، وحكم الحاكم بذلك، كان مخطئاً إلا أنه ينفذ .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٦﴾ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٨﴾ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٩﴾ ﴾ [النور :٦-٩] فعلق الحكم بعدد وهو خمسة ، فكان تعليقه بأقل منها نسخاً للعانه الخامسة .

ولأن النبي ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وبين زوجته، وبين العجلاني وزوجته، وفي كل واحدة من القصتين خمساً خمساً، وفرق بينهما، فالحكم نقل على سبب ، فالظاهر تعلق الحكم بذلك السبب ، فمن علقه بغيره فقد ترك الخبر .

ولأنه أمر ذو عدد يتخلص به الزوج من قذفه ، فإذا حكم الحاكم بدون ذلك العدد (لم ينفذ)[2] حكمه ، كما لو أقام الزوج ثلاثة شهود يشهدون عليها بالزنا لم ينفذ حكم الحاكم فيه ، كذلك هاهنا .

---

(١) في (س) : إلى حين .

(٢) في (س) : ينفك .

وقوله : « ويوقف عند الخامسة » ويحذرهما بالألفاظ التي ذكرها ؛ لأن النبي ﷺ هكذا فعل .

ولأن في ذلك ردعاً وزجراً لهما عن الأيمان بغير حق.

وقوله : « فإن كان في اللعان ذكر الولد ذكره مع كل لفظة » وقد حكينا خلاف أبي بكر بن جعفر في ذلك ، وقوله : إن ذكره ليس بشرط في اللعان. وذكرنا أن كل من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً في اللعان كالزوجة ، ويقول الحاكم : قد فرقت بينكما ، وهذه مسألة قد تقدم الكلام (عليها)[1] وحكينا الخلاف فيها: هل تقع الفرقة بحكم الحاكم بالفرقة أو باللعان؟

مسألة : قال : (وإذا التعن هو ولم تلتعن هي فلا حدّ عليها، والزوجية بحالها، وكذلك إن أقرت دون أربع مرات) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: يجب الحد عليها ، وتقع الفرقة بلعان الزوج وحده .

فالدلالة على أنه لا حدّ عليها : قول النبي ﷺ : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفس بغير النفس»[2] .

وهم يوجبون القتل بغير هذه الأشياء ؛ لأن زناها ما ثبت ولا تحقق بلعان الزوج ، وإذا لم يثبت فالخبر يمنع منه .

ولأن لعان الزوج قوله ، فلا يجب عليه به الحد ، دليله : القذف .

ولأنه لا يخلو إما أن يكون اللعان يميناً على ما نقول نحن وهم ، أو شهادة على ما يقوله أبوحنيفة ، وأيهما كان فالحد لا يجب به ؛ لأن يمين الإنسان لا

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق .

(٢) أخرجه البخاري بنحوه في الديات (٦٤٨٤) ، ومسلم في القسامة (١٦٧٦) .

يجب بها على غيره حد ، وشهادة الواحد لا يجب بها الحد على الغير أيضاً .

والدلالة على بقاء النكاح : ما روى سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وزوجته، فقال: يا رسول الله كذبت عليها إن أمسكتها، هي طالق ثلاثاً . قال سهل : ففارقها قبل أن يفرق النبي ﷺ بينهما[١] .

وجه الدلالة في الخبر قوله : « إن أمسكتها » فأخبر (أنه) [٢] ممسك لها بعد اللعان ، فلو كانت الفرقة قد وقعت بينهما لأنكر النبي ﷺ هذا القول، ولم يقره على اعتقاده الفاسد.

ولأنه قال: «هي طالق ثلاثاً » والطلاق الثلاث لا يقع إلا (مع)[٣] بقاء النكاح، فلو كانت الفرقة وقعت مع لعان الزوج لأنكر النبي ﷺ .

ولأن اللعان من الزوج معنى يخرج به من قذفه ، فلا تقع الفرقة (كالبينة)[٤].

ولأنهما متكاذبان ، لأن الزوج قذفها لينفي العار والنسب، وهي (تنفي)[٥] ذلك ، فهما كالمختلفين في البيع ، وأحدهما يكذب صاحبه، فلم يتم الحكم حتى يتحالفا جميعاً ، كذلك هاهنا ، وبالله التوفيق .

* * *

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (س) : أن .

(٣) ما بين القوسين وزيادة من المحقق .

(٤) في (س) : أنا والبينة .

(٥) في (س) : تنفي لم .

كتاب العــــدد

الأصل في العدد داخل في ترتيب المعتدات ، والمعتدات ثلاثة : معتدة بالأقراء ، ومعتدة بالحمل ، ومعتدة بالشهور .

فالمعتدة بالأقراء : تعتد ثلاثة قروء ، وهي المطلقة لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .

والمعتدة بالحمل : فهي التي إذا وضعت الحمل ولو بعد ساعة من الطلاق والوفاة انقضت عدتها لقوله تعالى : ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] .

والمعتدة بالشهور : فقد تعتد عدتان عن وفاة وعن طلاق، إلا أنها إذا اعتدت عن وفاة : فهي أربعة أشهر وعشراً لقوله تعالى : ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .

وإن اعتدت بها عن طلاق فهي ثلاثة أشهر لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ [الطلاق : ٤] .

وقد روى[1] قال : أفرأيت عدة الطلاق والوفاة شك الناس في عدة (الصغيرة والكبيرة) [2] والآيسة ، فقلت : يا رسول الله ، إن أهل المدينة يقولون: عدة من العدد لم تذكر . فقال : « وما يقولون » . قلت : يقولون في

---

(١) هكذا في (س) .

(٢) في (س) : الصغير والكبير .

عدة الصغيرة والكبيرة والآيسة (فنزل)[١] قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤][٢]، وقوله: ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ أي شككتم.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها، فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج).

أما الخلوة فإنها توجب العدة، خلافاً للشافعي في قوله: لا عدة عليها.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ولأن النكاح عقد على المنافع، وجب أن يقوم التمكين من استيفائها مقامها، دليله: الإجارة، واتفقوا أنه لو استوفى المنافع وجبت العدة، كذلك ما يقوم مقامها، ولأن المسألة مبنية على أن الخلوة توجب كمال الصداق، وقد بينا ذلك في كتاب الصداق، فإذا كان كذلك قلنا: كل امرأة استحقت كمال المهر وجبت عليها العدة بعد الفرقة، كالمدخول بها، والمتوفى عنها زوجها.

وقوله: «عدتها ثلاث حيض» يعني الأقراء الحيض، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: الأقراء الأطهار.

فإذا طلقها وهي طاهر ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت ثم طهرت، فقد حصل لها ثلاثة أطهار وحيضتين، وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل ذلك.

---

(١) في (س): فنزلت.

(٢) لم أجده ولا ما يقاربه.

وجه ما نقله الخرقي : أن الأقراء تقع على الطهر والحيض جميعاً، وهو بالحيض أشبه وأظهر، بدليل أن المرأة لا تسمى من أهل الأقراء حتى تحيض، وقبل أن تحيض لا تسمى من أهل الأقراء ، فإذا كان الاسم لها ثبت بوجود الحيض وينتفي بعدمه ، ثبت أن الأقراء هي الحيض دون الأطهار .

وأيضاً روى ابن جريج عن مظاهر بن (أسلم)[1] عن القاسم بن محمد، عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان»[2] وهذا نص في أن العدة هي الحيض .

ولأنها عدة تتعلق بخروج خارج يخرج من الرحم، وجب أن يتعلق بالطهور، دليله : عدة الحامل .

ووجه الرواية الثانية : قوله تعالى : ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق : ١] واللام للاستقبال ، ألا ترى أنك تقول : تزود للسفر ، وتوضأ للصلاة ، فإذا كان كذلك صار كأنه قال : فطلقوهن لوقت مستقبلين فيه العدة ، فإذا طلقها وهي طاهر وجب أن تستقبل العدة بعده ببقية الطهر ، وإذا ثبت أن بقية الطهر يحتسب به من عدتها ثبت أن الاعتداد يقع بالأطهار .

ولأن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض فقال النبي ﷺ لعمر: «مره فليراجعها ثم يدعها حتى تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء فتلك العدة

---

(١) في (س) : سلمة .

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢١٨٩) ، والترمذي في الرضاع (١١٨٢) ، والحاكم وقال: صحيح . ووافقه الذهبي (٢/ ٢٠٥). وقال الألباني: ضعيف .

التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء»[1] ، فأشار بقوله : « فتلك العدة » إلى الطهر الذي أمر الله بإيقاع الطلاق فيه، فعلم أن الاعتداد يقع به.

ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح ، فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق ، دليله: عدة الآيسة والصغيرة .

أو نقول: طلاق واقع في موضع السنة، فأشبه ما ذكرنا .

وقوله : « فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها » معنى هذا أنها لا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها قروءاً .

والدلالة عليه : أنا لو قلنا : تعتد ببعضها . أدى ذلك إلى أن الحيض يتبعض، والحيض لا يتبعض ، بدليل ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : « وعدة الأمة حيضتان »[2] لأن الحيضة لا تتبعض .

وقوله : « فإذا اغتسلت من الحيضة المستقبلة أبيحت للأزواج » خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : ليس ذلك بشرط .

دليلنا : ما روى عبدالوهاب قال : ثنا سفيان ، عن معمر ، عن الحسن أن رجلاً طلق امرأته، ووكل بها بعض أهله في عدتها حتى حاضت ثلاث حيض وقربت ماءها لتغتسل من الحيضة الثالثة ، فأتاه فأخبره بذلك ، فأتاها فناداها في مغتسلها: يا فلانة قد راجعتك . قالت : والله ما لك ذلك حتى تحالفا وترافعا إلى أبي موسى ، فاستحلفها بالله الذي لا إله إلا هو أكنت اغتسلت حين نادى؟ فقالت : والله ما فعلت، وإنما قربت غسلاً ، فردها أبوموسى

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أخرجه البيهقي بمعناه (٧/ ٤٢٥) .

الأشعري وقال : أنت أحق بها ما لم تغتسل[١] . فقد أثبت له الرجعة بعد الأقراء وقبل الغسل .

ولأنها ممنوعة من الطلاق بحكم حدث الحيض، فلم تبح للأزوج ، قياساً على زمان الحيض .

ولأنها ممنوعة من الأزواج لأجل الحيض ، فوجب أن لا يرتفع ذلك التحريم إلا بالغسل ، كوطء الزوجة بعد الحيض .

مسألة : قال : (وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية) خلافاً لداود في قوله : تعتد بثلاثة أقراء .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان »[٢] .

ولأنه أمر ذو عدد على التفاضل، فلم تساو الأمة فيه الحرة .

مسألة : قال : (وإن كانت من الآيسات، أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر، والأمة شهران) .

أما الحرة الآيسة أو الصغيرة فعدتها ثلاثة أشهر ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُو۟لَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ (أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ)[٣] ﴾ .

وأما الأمة إذا كانت آيسة أو صغيرة فعدتها شهران على ما نقل الخرقي ،

---

(١) رواه الطبراني في تفسيره (٢/ ٤٣٩-٤٤٠)، وانظر: السنن الكبرى للبيهقي (٧/ ٤١٧).

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ما بين القوسين تكملة للآية لم يذكرها المؤلف .

خلافاً للشافعي في أحد أقاويله قال : شهر ونصف ، وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « عدتها شهران » .

ولأن كل شهر في مقابلة قروء، بدليل أن الحرة، إذا كانت من ذوات الشهور فثلاثة أشهر ، وإذا كانت من ذوات الأقراء فثلاثة أقراء، فوجب إذا كانت الأمة من ذوات الشهور[1] أن تعتد بشهرين .

ووجه من قال : شهر ونصف : أنها عدة واجبة بالشهور ، فوجب أن تكون الأمة فيها على النصف من الحرة ، دليله : عدة الوفاة .

ولأنه حق من حقوق النكاح مقدر، وهو مما يتبعض ، فوجب أن تكون الأمة فيها على النصف من الحرة كالقسم ، ولا يلزم عليه النفقة؛ لأنها ليست مقدرة، ولا الحيض ، لأنه لا يتبعض ، وكذلك الحمل .

ووجه من قال : بثلاثة أشهر : أنها عدة تشارك الأمة فيها الحرة، فوجب أن تساويها في قدره ، دليله : الحمل .

مسألة : قال : (وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة وهي أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت اعتدت عدة أمة ، أما إذا طلقها رجعياً ثم عتقت في العدة فإنها تنتقل إلى عدة حرة) خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : أنها تعتد عدة أمة .

دليلنا: أن الرجعية زوجة، بدليل أنه يلحقها طلاقه ، وظهاره ، وإيلاؤه ،

---

(١) في الأصل : الشهورة .

ولعانه ، و يتوارثان ، فإذا كان كذلك وجب أن تعتد بعد العتق عدة الحرائر، كما لو أعتقت قبل الطلاق .

ولأن العتق له تأثير في تغيير العدة كالموت ، واتفقوا أنه لو طلقها رجعياً ثم مات عنها انتقلت إلى عدة الوفاة ، كذلك إذا أعتقت يجب أن تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر ، وأما إذا طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فأعتقت فإنها تعتد عدة أمة ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : في أنها تعتد عدة حرة .

دليلنا : أن العدة وجبت عليها بعد زوال الملك، وليست بدلاً عن غيرها، فلم يجز أن تنتقل، كما لو طلقها ثانياً ثم مات عنها لم تنتقل عدتها، ولا يلزم عليه الصغيرة إذا طلقها زوجها طلاقاً ثانياً فاعتدت شهراً ثم حاضت أن عدتها تنتقل إلى الحيض ؛ لأن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل ، وعدة الأمة ليست بدلاً عن عدة الحرة ، كما أن عدة الطلاق ليست بدلاً عن عدة الوفاة إذا لم تنتقل أحدهما في الطلاق البائن ، كذلك الأخرى.

ولأن العتق له تأثير في زيادة عدة الطلاق ، كما أن له تأثيراً في زيادة عدة الأقراء ، ثم اتفقوا أنه لو طلقها تطليقة ثانية ثم أعتق هو لم يزد في عدة طلاقها شيء ، كذلك لا يزاد في عدد أقرائها شيء .

ويفارق هذا الطلاق الرجعي أن العتق يزيد في عدد طلاقها، وهي ممن قد حاضت فارتفع حيضها .

مسألة : قال : (فإن طلقها وهي ممن قد حاضت فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت سنة ، وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً ، تسعة أشهر للحمل وشهرين للعدة ، وإن عرفت ما رفع الحيض كانت في عدة حتى يعود الحيض

فتعتد به، إلا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عدد الآيسات، أما إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فإنها تعتد سنة إذا كانت حرة)، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : أنها تربص إلى أن تيئس من المحيض، ثم تعتد بثلاثة أشهر .

دليلنا : ما احتج به الإمام أحمد رحمه الله : روى السائب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه: فلتجلس تسعة أشهر ، فإن لم يستبن بها الحمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة »[1].

وروى يحيى بن كثير أن ابن عباس رضي الله عنهما قال : لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر .

ولأن القصد من العدة براءة الرحم في الظاهر لا القطع واليقين ، بدلالة أنه لو روعي فيها اليقين لوجب أن لا يحكم ببراءة رحمها بمضي ثلاثة أقراء ولا ثلاثة أشهر ، ولكان نعتبر فيها أقصى مدة الحمل ؛ لأنه هو اليقين ، ولما لم يعتبر هذا لم يبق إلا أن الاعتبار ببراءته في الظاهر وقد علم ذلك .

ولأنه لو قلنا: تتربص حتى تيأس . أدى ذلك إلى الإضرار بالزوج والزوجة معاً ، أما الزوج فيلزمه في الرجعية السكنى والنفقة والكسوة ، وفي البائن يلزمه السكنى دون النفقة ، ويستدام ذلك إلى حالة الإياس ، والزوجة يلحقها

---

(١) رواه الشافعي بنحوه في الأم (٥/ ٢١٣)، وفي مسنده (١٩٠)، وعبدالرزاق (١١٠٩٥).

الضرر، بأن تكون محبوسة عليه أبداً ، ولا يجوز (لها)[1] نكاح غيره من الأزواج، فإذا أمكن رفع الضرر عنها لم يكن لإلحاقه بها معنى، هذا في الحرة، فأما الأمة فإنها تربص أحد عشر شهراً ، تسعة زمان الحمل، وشهران مكان الحيضتين ؛ لأن عدتها بالحيض حيضتان ، فكان مكانها شهران ، وقد مضى شرح ذلك فيما تقدم .

وأما إن عرفت ما رفع الحيض مثل مرض أو رضاع فإنهما يضعفانها فينقطع الحيض لأجلهما فإنها تتربص أبداً إلى أن تيئس ، فتعتد ثلاثة أشهر التي تعتد بها الآيسات إن كانت حرة ، وإن كانت أمة فشهرين، أو يعود الحيض فتعتد به ، والدلالة عليه : ما روي أن حبان بن منقذ طلق امرأته في حال حيضها وكانت ترضع ابنته، فانقطع حيضها تسعة عشر شهراً ثم مرض حبان ، فقيل له: إن مت ورثتك ، وإن ماتت ورثتها ، فسأل عثمان رضي الله عنه عن ذلك ، فسأل عثمان عليا وزيد بن ثابت فقالا : ليست من الآيسات اللواتي لا يحضن، ولا من الأبكار اللواتي لم يحضن إن مات ورثته، وإن ماتت ورثها ، فانتزع منها ابنته ثم أتت بقرئين ، فمات حبان، فورثها عثمان رضي الله عنه[2] .

وروي أنه كان لحبان امرأتان أنصارية وقرشية ، فقالت : كيف تورثها وقد طلقها، فقال : هذا فعل ابن عمك . يعني علياً[3].

---

(١) في (س) : له .

(٢) رواه الشافعي في مسنده (١٩١)، والبيهقي (٧/ ٤١٩)، وعبدالرزاق (١١١٠٠) . قال في البدر المنير (٨/ ٢٢٢) : هذا الأثر صحيح .

(٣) رواه عبدالرزاق بنحوه (١١١٠٢) .

فموضع الدلالة : أنهم لم يجعلوها من ذوات الأشهر لا من الكبار ولا من الصغار، فثبت ما قلنا .

ولأنها ليست من الآيسات اللواتي قد انقطع حيضهن لكبر السن ، ولا من الأصاغر اللواتي لم يبلغن المحيض ، وإنما انقطع دمها لعارض وسبب يزول فيما بعد وقد يرجى عود الدم ، فلم يكن الاعتداد (بالأشهر)[1] حتى يتحقق إياسها .

مسألة : قال : (وإن حاضت حيضة أو حيضتين وارتفع حيضها لا تدري ما رفعه لم تنقض عدتها إلا بعد سنة من وقت انقطاع الحيض) لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه تجلس تسعة أشهر للحمل، فإن لم يستبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة[2] . ولا يعرف له مخالف .

ولأنها قد حصلت مرتابة ببقية العدة ، والمريبة ببقية العدة تجري مجرى الريبة بجميعها ؛ لأن العدة وضعت لبراءة الرحم ولا تعلم براءة رحمها في الظاهر إلا بمضي ثلاثة أقراء ، ثم قد ثبت أنها لو ارتابت بجميع عدتها اعتدت بسنة ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (ولو طلقها وهي من اللائي لم يحضن فلم تنقضي عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض إن كانت حرة ، وبحيضتين إن كانت أمة) .

---

(١) في (س) : بالإقراء .

(٢) سبق تخريجه .

إنما كان كذلك ؛ لأن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل ، كما لو وجد الماء في الصلاة لزمه الخروج إليه ، لأنه مبدل .

ولأنه إذا مضى لها شهر أو شهران ثم حاضت لم يخل إما نقول : تأتي بتمام هذه الشهور ، أو تنتقل إلى الأقراء ، فتعتد ثلاثة أقراء، أو تأتي ببقيتها أقراء ، فيثبت بعضها بالشهور وبعضها بالأقراء ، فبطل أن تأتي ببقية الأشهر، لأنها إنما لم تعتد بالأشهر إذا لم تقدر على الأقراء ، وهذه قد صارت من ذوات الأقراء فلم يجز لها الاعتداد بالأشهر ، وبطل أن يقال: تأتي ببقيتها من الأقراء ؛ لأنه لا يجوز أن يكون بعض العدة بالأشهر وبعضها بالأقراء ، إنما يجوز أن يكونا جميعاً من جنس واحد ، فلم يبق أن يقال إلا أنها تنتقل إلى الأقراء عن الأشهر فتستقبل الأقراء أو تأتي بها كاملاً .

مسألة : قال : (ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها بتمام أربعة أشهر وعشراً إن كانت حرة ، وبتمام شهر وخمسة أيام إن كانت أمة) وذلك لقوله تعالى : ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة : ٢٣٤]وهذا نص في مقدار العدة عام في كل الزوجات .

وروى الزهري، عن عروة، عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً »[1] ولم يفرق .

---

(١) أخرجه مسلم في الطلاق (١٤٩١)، وأحمد (٦/ ٣٧، ٢٤٩، ٢٨١) ، وابن ماجه في الطلاق (٢٠٨٥) بنحوه .

ولأنها بانت بالوفاة فوجب أن تكون العدة واجبة ، كالمدخول بها .

والفرق بين الموت أنه يوجب العدة قبل الدخول وبعده ، وبين الطلاق أنه يوجب العدة بعد الدخول وهو أن المطلقة إذا دخلت وخرجت وتصرفت وأتت بولد كان هناك من ينفيه عن نفسه باللعان ، فلهذا لم يكن عليها العدة قبل الدخول، وفي الموت لم تأمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسب لا سبيل لأحد إلى نفيه ، فلهذا قلنا: عليها العدة بكل حال ، وإذا ثبت أن العدة بالشهور ولم يراع الحيض فيها ، خلافاً لمالك في قوله : إذا كانت عادتها أن تحيض في كل أربعة أشهر فاحتبس حيضها لم تنقض عدتها حتى تحيض .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ ولم يعتبر أمراً آخر ، وكذلك حديث عائشة الذي تقدم .

ولأنها عدة وفاة فلم يراع فيها الحيض، كما لو كان عادة تكرر أن تحيض في كل ستة أشهر دفعة .

وأما الأمة فعدتها شهران وخمسة أيام ، لأن الموت أحد نوعي الفرقة في عدة الأمة ، فكانت على النصف من عدة الحرة، قياساً على فرقة الطلاق .

مسألة : قال : (ولو طلقها أو مات عنها وهي حامل لم تنقض عدتها إلا بوضع الولد حرة كانت أو أمة) وذلك لقوله تعالى : ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ .

وروي أن سبيعة الأسلمية توفي زوجها، فوضعت بعد وفاته بأيام، فأتت النبي ﷺ فأخبرته بذلك فقال : « حللت فانكحي من شئت»[1] .

---

(١) رواه البخاري في المغازي (٣٧٧٠)، ومسلم في (الطلاق (١٤٨٤) .

ولأنها عدة روعي فيها الحمل، فوجب أن تنقضي بوضعه عدة الطلاق .

مسألة : قال : (والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان حرة كانت الزوجة أو أمة) ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : إن لم يستبن فيه خلق الآدمي سألنا عدداً من النساء ، فإن قلن : هذا لا يرى إلا من خلق آدمي حكمنا بانقضاء العدة .

دليلنا : أنه لم يستبن فيه خلق آدمي ، فوجب أن لا تنقضي به العدة، كما لو ألقت ميتاً .

ولأنه لو جاز الرجوع إلى قولهم في المضغة والعلقة لجاز الرجوع إلى قولهم في المني .

ولأنه إذا لم يستبن فيه خلق آدمي فهم في ذلك وغيرهم سواء .

مسألة : قال : (ولو طلقها أو مات عنها لم تنكح حتى أتت بولد بعد موته أو طلاقه بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها منه) ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يبقى الولد أكثر من سنتين ، وقد روى عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : أن كل ما ورد في الشرع مفتقراً إلى حدّ ، وكان حده مأخوذاً من الشرع واللغة ، فإذا لم يكن له حد في الشرع ولا في اللغة كان المرجع في حده وتقديره إلى عرف الناس وعاداتهم ، كالحرز ، والقبض ، والتفرق ، والحرز غير محدد في شرع ولا لغة، فكان مأخوذاً من العرف ، والقبض في البيع غير محدد ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه[1] . فكان مأخوذاً من العرف .

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع (١٥٢٨) بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى».

وكذلك النقود إذا باع بألف درهم فليس لذلك حد في شرع ولا لغة، فكان المرجع فيه إلى العرف، كذلك هاهنا ورد الحمل مطلقاً . قال الله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وقال ﷺ: « لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حايل حتى تستبرأ»[1] .

وإذا ثبت أن المرجع فيه إلى العرف احتجنا إلى إثبات العرف والعادة فيه، وقد ثبت ما قلنا عرفاً وعادة . قال الشافعي رحمه الله : بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين[2] .

وروي أنه قيل لمالك بن أنس: إن عائشة رضي الله عنها قالت: أكثر الحمل ستا . فقال: من قال هذا عن عائشة، وامرأة ابن عجلان جارتنا ولدت بطوناً، كل حمل في بطنها أربع سنين[3] .

وروى الساجي، عن حماد بن سلمة، عن علي بن زيد القرشي أن سعيد بن المسيب أراه رجلاً فقال : إن أبا هذا غاب عن أمه أربع سنين ثم قدم فوضعت هذا وله ثنايا[4] .

فثبت أن أكثره أربع سنين، وإذا ثبت أنه يلحق بأربع سنين فإن العدة تنقضي به، لأنه حمل يلحق به الولد، فانقضت به العدة .

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٧٧٤٦) بلفظه. وانظر صحيح الإمام مسلم في النكاح (١٤٤١) بمعناه.

(٢) المغني لابن قدامة (١١/ ٢٣٣) . وروى الخطيب في تاريخ بغداد (١٢/ ١٤٣) عن صفوان ابن عيسى : مكث محمد بن عجلان في بطن أمه ثلاث سنين .

(٣) أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٢٢ (٢٨٢)، والبيهقي (٧/ ٤٤٣) .

(٤) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير بسند الشافعي (١١/ ٤٦٢) .

ووجه الثانية : ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين [١] .

ولأن هذه التقادير لا يجوز إثباتها إلا من طريق التوقف والاتفاق، وقد وجد الاتفاق في سنتين .

مسألة : قال : (ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقضِ عدتها حتى نكحت من أصابها، فرق بينهما، وبنت على عدتها من الأول، واستقبلت العدة من الثاني ، وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين ، فإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما أري القافة، وألحق بمن ألحقوه منهما ، وانقضت عدتها منه، واعتدت للآخر).

أما قوله : « فرق بينهما » فذلك لأن النكاح في عدة من غيره لا يصح لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة : ٢٣٥] فمنع من النكاح حتى تنقضي العدة ، وإذا فرق بينهما وقد دخل بها الثاني فإنها تبني على عدتها من الأول، وتستقبل العدة من الثاني ، فتجتمع عليها عدتان الأولى وعدة الثاني ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تتداخل العدتان بثلاثة أقراء بعد مفارقتها الثاني، فتكون عن بقية عدة الأول وعدة الثاني .

دليلنا : إجماع الصحابة : روي أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها زوجها البتة ، فنكحت في عدتها ، ففرق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بينهما وضربها وضرب زوجها بالمخفقة ، وقال : أيما امرأة نكحت في عدتها ، فإن كان زوجها الذي تزوج بها لم يدخل بها أكملت بقية عدتها من الأول، ثم تعتد

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٢٣) ، والبيهقي (٧/ ٤٤٣) .

للثاني (إن دخل بها) [1] ثم لا تحل له أبداً [2] .

وروي عن علي رضي الله عنه أن امرأة نكحت في عدتها ، ففرق علي رضي الله عنه بينهما وقال : أيما امرأة نكحت في عدتها اعتدت بقية عدتها من الأول ثم تعتد للثاني بثلاثة أقراء مستقبلة ، ثم هي بالخيار إن شاءت نكحته وإن شاءت لم تنكحه [3] .

ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فوجب إذا اجتمعا أن لا يتداخلا ، كما لو جرح رجل وقتل آخر ، وأتلف مالاً لرجلين ، ولا يدخل عليه الأجلان لأنهما غير مقصودين ، وإنما المقصود الحق الذي يحل بهما .

ولا يدخل عليه العبد إذا جنى جنايتين ولم يبلغ قيمة أرشهما ؛ لأن الحقين لم يتداخلا، وإنما لم تتسع قيمته قيمة (أرشهما) [4] .

ومعنى التداخل: أن يقوم أحد الحقين مقامهما معا ، والذي يبين صحة هذا: أن قيمة العبد لو زادت فبلغت قدر الأرشين استحق في الحقين ، فثبت أنه لا تداخل هاهنا .

ولا يدخل عليه إذا كان لرجل زوجة فوطئت بشبهة ثم طلقها ، لأن العدتين هاهنا لا يتداخلان .

ولا يدخل عليه وطء أمته ثم باعها فقد اجتمع هاهنا استبراءان ، ويكتفى

---

(١) ما بين القوسين لم يذكر بالمخطوط .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (١١١٥)، والشافعي في مسنده (١٨٥ سندي) ، والبيهقي (٧/ ٤٤١) ، وعبدالرزاق (١٠٥٣٩) .

(٣) أخرجه عبدالرزاق (١٠٥٣٢)، والبيهقي (٧/ ٤٤٢) .

(٤) في (س) : قيمته لهما .

باستبراء واحد ؛ لأن الواجب هاهنا استبراء واحد ، وذلك أن الاستبراء إنما يجب بتجدد الملك، ولا يعتبر فيه حكم الوطء ، ألا ترى أن الرجل إذا اشترى أمة من امرأة وهي صغيرة فإنه يلزمه أن يستبرئها بتجديد ملكه عليها ، والملك تجدد للثاني فلزمه استبراء واحد ، ولا يعتبر ما تقدم من وطء البائع الأول والثاني .

وقياس آخر : وهو أن العدة نوع حبس يستحقه الرجال على النساء، فلم يصح أن تكون امرأة في حق رجلين، دليله : حبس الزوجية ، وذلك لا يصح أن تكون محبوسة عن الأزواج تحت رجلين ، كذلك للعدة ، وإذا ثبت أن العدتين لا يتداخلان فإنها تكمل عدة الأول أولاً ، لأنها ثبتت عن نكاح صحيح ، وهذا عن وطء في نكاح فاسد، ولأنها أسبق، فكان السابق أولى.

وقوله : « وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين » يعني به الواطئ لها في زمن العدة له أن يعقد عليها بعد انقضاء عدتها من الزوج وبعد انقضاء عدتها من وطئه، خلافاً لمالك ، وأحد القولين للشافعي رحمه الله أنها تحرم على الواطئ لها في العدة على التأبيد. وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه [1] ، وخلافاً للشافعي من وجه آخر على قوله الذي يجوز للثاني أن يعقد عليها قال : يجوز له العقد عليها متى قضت عدتها من الأول، ولا يمنع من العقد عليها في عدة منه .

دليلنا : على أنها لا تحرم عليه على التأبيد : أنه وطء شبهة، فلم تحرم على التأبيد، كما لو نكح امرأة بلا ولي ولا شهود ثم وطئها .

---

(١) مسند الشافعي (١٨٥ سندي) .

ولأنه وطء لو كان مباحاً لم يحرم ، فإذا كان محظوراً لم يحرم ، دليله : الزنا .

والدلالة على أنه لا يباح له العقد عليها إلا بعد انقضاء العدتين : هو أن وطء الثاني يفسد النسب ، لأنه ينفيه ، فيجب أن لا يباح له العقد عليها إلا بعد انقضاء العدتين ، كما لو كان الوطء من رجل غيره ، فإنه يمنع من العقد حتى تنقضي العدتان ، كذلك إذا كان منه ومن غيره لأجل فساد النسب.

وقوله : « فإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما أوري القافة وألحق بمن ألحقوه منهما » بيان هذا أن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من حين دخل بها الثاني ، ولأربع سنين فما دون من طلاق الأول ، فالولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما ، فإن ألحقوه بالأول لحق ، وإن ألحقوه بالثاني لحق ، وهذا أصل يخالفنا فيه أبو حنيفة ، فعندنا لا اعتبار بالقافة، وأنه لا يلحق بهما جميعاً ، وقد ذكرنا الكلام فيه في اللقيط ونعيده هاهنا . والدلالة : ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : دخل رسول الله ﷺ وأسارير وجهه تبرق فقال : «يا عائشة ألا ترين إلى محرز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد عليهما قطيفة قد غطت رؤوسها وبدت أقدامهما فقال: هذه الأقدام بعضها من بعض»[1] .

فموضع الدلالة : أن النبي ﷺ استبشر بهذا القول وسر به وأقره ، ولو كان منكراً لأنكره ، وكان سبب استبشاره أنه كان تبنى زيداً وقت ما كان التبني مباحاً ، وكان زيد شديد البياض، فولد له أسامة وهو أسود ، فكان المشركون يقذفونه ، وكان النبي ﷺ يتأذى من ذلك ، فلما قال مجزز ما قال سر بذلك

---

(١) رواه البخاري في الفرائض (٦٣٨٨)، ومسلم في الرضاع (١٤٥٩) .

حين كذبهم في دعواهم ، وفي هذا دلالة على أن لقول القائف حكماً .

وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه لما فرق بين المتلاعنين قال : « أرأيت إن أتت به على نعت كذا وكذا فما أراه إلا كاذباً عليها ، وإن أتت به على نعت كذا وكذا فهو للزاني » فأتت به على النعت المكروه ، فقال : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن »(١) .

فموضع الدلالة : أن النبي ﷺ قصد أن يبين أن يكون الولد من الزوج أو من الزاني ، وجعل العلم الدال على ذلك الشبه ، فدل على أن للشبه تأثيراً في النسب ، ثم أكد ذلك بقوله حيث أتت به على النعت المكروه : « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » يريد بذلك أن اللعان منع من إقامة الحد عليها ، وإلا فقد استحقت ذلك بحكم الشبه .

مسألة : قال : (وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة، فإن كانت آيسة فبثلاثة أشهر ، وإن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت تسعة أشهر للحمل وشهران مكان الحيضة ، وإن كانت حاملاً فحتى تضع) أما إذا كانت تحيض فإنها تستبرئ بقرء واحد ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تعتد بثلاثة أقراء كالحرة المطلقة ، وخلافاً لعمرو بن العاص وأحد الروايتين عن أحمد رحمه الله : أن عليها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً .

دليلنا على أبي حنيفة : أنها عدة تختلف بالرق والحرية ، فلم تجب على أم الولد ، كعدة الوفاة ، فإنه وافق أنه لا تجب عليها عدة الوفاة .

ولأنه استبراء يجب بعد زوال الملك عن الرقبة ، فوجب أن يكون قرءاً

---

(١) سبق تخريجه .

واحداً ، كاستبراء الأمة المبيعة .

والدلالة على سقوط عدة الوفاة : أنها تجب لأجل حرمة الزوجية، بدليل أنه من نكح نكاحاً فاسداً ومات عنها لم تلزمها عدة الوفاة لعدم الزوجية ، والزوجية هاهنا معدومة فلم تجب عدة الوفاة .

ووجه الثانية : ما روي عن عمرو بن العاص أنه قال : « لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد أربعة أشهر وعشراً[1] »[2] فظاهر هذا يقتضي أن سنة النبي ﷺ ذلك .

ولأنها عدة تجب عن نكاح، فجاز أن تجب عن غير نكاح ، كعدة الطلاق، وذلك أن عدة الطلاق تجب عن نكاح، وتجب عن غير نكاح وهو وطء الشبهة، كذلك عدة الوفاة .

وأما إذا كانت آيسة فإنها تعتد بثلاثة أشهر ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد أقاويله : أنها تعتد شهراً .

دليلنا : ان العدة تراد للاستبراء ومعرفة براءة الرحم ، وأقل ما يعرف به براءة الرحم بالشهور ثلاثة أشهر ؛ لأن الولد يكون في بطن أمة أربعين يوماً نطفة ، ثم أربعين علقة ، ثم يتحرك بعد ذلك ويكبر الجوف وتظهر أماراته، فإذا لم يظهر شيء من هذا دل على براءة الرحم ، وإذا لم يستدل على براءة الرحم في أقل من ذلك بهذا كان ذلك قدر عدتها ، ويفارق هذا الأقراء حيث قلنا: تعتد

---

(١) في الأصل : قرأ .

(٢) رواه أحمد في مسنده (٤/ ٢٠٣) . وبنحوه أبوداود في الطلاق (٢٣٠٨)، وابن ماجه في الطلاق (٢٠٨٣) . قال الألباني: صحيح .

بقروء؛ لأن القروء يعلم به براءة الرحم ، فلهذا حكم به بانفراده ، فإذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فإنها تعتد تسعة أشهر وهو زمان الحمل، وشهراً مكان الحيضة ، لأن مدة الحمل تستوي فيه الحرة والأمة وأم الولد ، فالغالب فيه تسعة أشهر .

ولأن الحرة لو ارتفع حيضها لغير عارض اعتدت تسعة أشهر للحمل وبعدها ثلاثة للعدة ، وكذلك الأمة تعتد تسعة أشهر زمان الحمل وشهراً مكان الحيضة ، لأنا قد علمنا براءة رحمها في الظاهر بمضي تسعة أشهر ، فجعلنا الشهر مكان الحيضة على وجه التعبد، كما يعتبر بثلاثة أشهر في حق الحرة بعد مضي زمان الحمل تعبداً ، ويفارق هذا إذا كانت آيسة أنه لا يجزيها شهر حتى تعتد بثلاثة أشهر ؛ لأنه لا يعلم براءة رحمها بالشهر الواحد من الوجه الذي ذكرنا ، فلهذا اعتدت بثلاثة أشهر ، فأما إن كانت حاملاً فعدتها وضع الحمل لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٧] .

مسألة : قال : (وإذا أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ، وكذلك لو أراد تزويجها) وذلك لأنها فراش، فلا يجوز له تزويجها حتى يوجد ما يدل على براءة رحمها .

مسألة : قال : (وإذا ملك أمة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه بحيضة إن كانت ممن تحيض ، أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً ، أو بمضي ثلاثة أشهر إن كانت من اللائي يئس من المحيض ، أو من اللائي لم يحضن) خلافاً لابن عمر في قوله : إن كانت بكراً فلا استبراء ، وإن كانت ثيباً

فعليه الاستبراء[١]، وهو قول داود، وخلافاً لليث بن سعد[٢] في قوله: إن كانت ممن يحبل مثلها فعليه الاستبراء ، وإن كانت ممن لا يحبل مثلها فلا استبراء .

دليلنا : ما روى أبو سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال : « لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حايل حتى تستبرأ بحيضة »[٣] فعموم الخبر يقتضي المنع من وطء كل حايل حتى تحيض على أي صفة كانت .

ولأنه ملك استمتاع جارية بملك يمين كانت محرمة عليه ، فلم يحل له وطؤها إلا بعد الاستبراء ، دليله : إذا كانت ثيباً، وكانت ممن يحبل .

وقولنا : « ملك استمتاعها بملك اليمين » احترازاً منه إذا ملكها بنكاح فإنه لا يستبرئها .

وقولنا : « كانت محرمة عليه » احترازاً منه لو كانت زوجة له ثم ملكها لم يستبرئها ، لأنها لم تكن محرمة عليه .

وإذا ثبت عليه الاستبراء، فإن كانت ممن تحيض فحيضة ، لأنه يعلم براءة رحمها بالحيضة ، لأنه إذا كان بها حمل ظهر بارتفاع الحيض ، وإن كانت

---

(١) علقه البخاري في البيوع باب هل يسافر بالجارية قبل أن تستبرئها. ونصه: لا تستبرأ العذراء. ورواه ابن أبي شيبة (١٦٨٨٦) بلفظ :إن اشترى أمة عذراء فلا يستبرئها .

(٢) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبدالرحمن الفهمي الأصفهاني الفارسي الأصل، روى عن الزهري وعطاء ونافع وغيرهم، ويعتبر الليث من أبرز علماء الديار المصرية بل هو فقيهها، قال الشافعي : كان الليث أفقه من مالك إلا أنه ضيعه أصحابه . انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٧٨، ووفيات الأعيان (٣/ ٢٨٠)، وشذرات الذهب (١/ ٢٨٥)، والأعلام (٦/ ١١٥).

(٣) سبق تخريجه .

حاملاً فحتى تضع حملها؛ لأنه لا يبرأ رحمها إلا بوضع الحمل، وإن كانت من الآيسات أو ممن لا يحضن فثلاثة أشهر؛ لما ذكرنا في أم الولد في أنها إذا لم تحض أنها تعتد بثلاثة أشهر، لأنه لا يعلم براءة رحمها بالشهور إلا بثلاثة من الوجه الذي ذكرناه، فهذا الكلام في الوطء، وكذلك القول في دواعيه من القبلة والمباشرة دون الفرج، وذلك أنا لا نأمن أن يكون رحمها مشغولاً بما من له حرمة، فيؤدي ذلك إلى أن يباشر أم الولد، فلهذا حرم عليه الوطء بدواعيه.

مسألة: قال: (وتجتنب المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة والبيتوتة في غير منزلها والكحل بالإثمد والنقاب، فإن احتاجت سدلت على وجهها كما تفعل المحرمة حتى تنقضي عدتها) خلافاً للحسن البصري في قوله: لا حداد عليها.

دليلنا: ما روت أم حبيبة وغيرها عن النبي ﷺ قالت: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[1].

وروت أم سلمة أن امرأة[2] أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي زوجها وقد اشتكت عينها فنكحلها فقال: «لا» مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول: «لا هي أربعة أشهر وعشراً، وقد كانت إحداكن ترمي بالبعرة على

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز (١٢٢١)، ومسلم في الطلاق (١٤٨٦).

(٢) هي عاتكة بنت نعيم أخت عبدالله بن نعيم العدوي، وزوجها هو المغيرة المخزومي. انظر: تلخيص الحبير (٣/ ٢٣٩).

رأس الحول »[١] .

وروت ميمونة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر إذا مات زوجها أن تكتحل ، ولا تتزين ، ولا تلبس حلياً ، ولا تلبس ثوب صبغ »[٢] .

وروت أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال : « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ، ولا الممشقة[٣] ، ولا الحلي »[٤] .

وروي أن فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد حدثتها أن زوجها خرج في طلب أعلاج[٥] ، فأدركهم بطرف القدوم[٦] فقتلوه فأتاها نعيه وهي في دار من دور الأنصار شاسعة عن دار أهلها ، فكرهت العدة فيها ، فأتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، أتاني نعي زوجي وأنا في دار من دور الأنصار شاسعة عن دار أهلي ، إنما تركني في مسكن لا يملكه ، ولم يترك لي نفقة ينفق علي ، ولم أرث منه مالاً ، رأيت أن ألحق بأخواتي وأهلي فيكون أمرنا جميعاً ، فإنه أحب إليّ . فأذن لي أن ألحق بأهلي . فخرجت مسرورة بذلك حتى إذا

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق (٥٠٢٤)، ومسلم بنحوه في الطلاق (١٤٨٦-١٤٨٩).

(٢) لم أجده عن ميمونة ، وأخرج البخاري نحوه عن أم عطية في الطلاق (٥٠٢٨) .

(٣) الممشقة : المصبوغة بالمشق وهو بالكسر المغرة .

(٤) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٣٠٤) . قال الألباني: صحيح .

(٥) أعلاج : أي أعبد له .

(٦) طرف القدوم : قال الواقدي : الطرف ماء قريب من المرقى دون النخيل ، وهو على ستة وثلاثين ميلاً من المدينة . والقدوم : هو اسم جبل بالحجاز قرب المدينة . انظر: معجم البلدان (٤/٣١١، ٣١٢) .

كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني ، فذهبت فقال : « كيف زعمت ؟ » فأعدت عليه القول فقال : « امكثي في مسكن زوجك الذي كان فيه حتى يبلغ الكتاب أجله »[1] .

وهذه الأخبار تدل على ما ذكرنا من الإحداد وترك البيتوتة في غير منزلها.

مسألة : قال : (والمطلقة ثلاثاً تتوقى الطيب والزينة والكحل بالإثمد) ظاهر هذا أنه لم يوجب عليها العدة في بيت زوجها الذي طلقها فيه ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : تقضي العدة في بيت زوجها الذي طلقها فيه، وقال: لا حداد عليها في أحد القولين .

فالدلالة على وجوب الإحداد : ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : «الحناء طيب»[2] وهذا عام .

ولأنها فارقت زوجها ، فأشبهت المتوفى عنها زوجها ، ولا يلزم عليه الرجعية ؛ لأنها لم تفارق زوجها .

والدلالة على أنه لا يلزمها البيتوتة في منزل الزوج : ما روى النبي ﷺ أنه أمر فاطمة بنت قيس أن تعتد في غير بيت زوجها عند ابن أم مكتوم[3][4] .

---

(١) رواه أبوداود في الطلاق (٢٣٠٠)، والترمذي في الطلاق (١٢٠٤)، والنسائي في الطلاق (٣٥٣٢) ، وابن ماجه في الطلاق (٢٠٣١) . قال الألباني: صحيح .

(٢) أخرجه أبوداود بنحوه في الطلاق (٢٣٠٥) ، والنسائي في الطلاق (٣٥٣٧) . قال الألباني : ضعيف .

(٣) عمرو بن قيس بن زائدة بن الأصم صحابي شجاع كان ضرير البصر أسلم بمكة كان يؤذن لرسول الله ﷺ في المدينة مع بلال توفي سنة ٢٣هـ. انظر: الأعلام (٥/ ٢٥).

(٤) أخرجه مسلم في الطلاق (١٤٨٠) .

ولأنا لو قلنا : تعتد في بيت الزوج أدى ذلك إلى أن تجتمع مع زوجها الذي طلقها في منزل واحد ، وهذا المعنى معدوم في المتوفى عنها زوجها، فلهذا اعتدت في منزله .

مسألة : قال : (وإذا خرجت إلى الحج ، فتوفي زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي العدة ، وإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها ، فإن رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها أتت به في منزلها) .

أما إذا كانت بالقرب فإنها ترجع ، ولم يحده الخرقي بحدّ ، ويجب أن يكون محدوداً بما لا تقصر فيه الصلاة ، فإنه يلزمها الرجوع ، لأنه لا مشقة عليها في ذلك ، ولأنها في حكم المقيمة، بدليل أن أحكامها أحكام المقيمة، فهو كما لو مات ولم يفارق البنيان والمنزل ، وإن كانت قد تباعدت لم يلزمها الرجوع ، لأن عليها في ذلك مشقة ، فلهذا لم يلزمها الرجوع ، فإن رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها أتت بذلك في منزلها ، لأنها قادرة على السكون في منزلها ، وإنما سقط ذلك عنها في تباعد السفر لأجل المشقة وقد زالت، فلهذا لزمها التمام في منزلها .

مسألة : قال : (ولو توفي زوجها أو طلقها وهو ناء عنها فعدتها من يوم مات أو طلق إذا صح ذلك عندها وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة) خلافاً لعمر بن عبدالعزيز في قوله : إن ثبت ذلك بالبينة فالعدة من وقت الموت والطلاق ، وإن ثبت بسماع فالعدة من وقت السماع[1] ، وقد روي عن الإمام أحمد رحمه الله أن عدتها من وقت السماع في الجملة .

---

(١) لم أقف عليه . أورده البغوي في شرح السنة (٩/ ٣١٥) .

وجه ما نقله الخرقي : قوله تعالى : ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ولم يفصل .

ولأنه طلاق مباشرة مباح ، فوجب أن تعقبه العدة ، كما لو طلقها وهو حاضر.

ولأن المعتدة لو تطيبت ولم تمكث في المنزل مع العلم بوجوب العدة عليها أجزأها ، فبأن يجزيها الجهل أولى .

ووجه الرواية الثانية : قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ فأضاف التربص إليهن ، وهذه ما تربصت، فلم يجزها .

وما روي عن الفريعة أنها أتت النبي ﷺ فأخبرته أن زوجها قتل وهو غائب فقال لها : « امكثي أربعة أشهر وعشراً »[1] وكان زوجها قتل وهو غائب، وبلغها الخبر بعد موته .

* * *

(١) سبق تخريجه .

كتاب الرضاع

الأصل في ثبوت حكمه في الشرع قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] فذكر الله تعالى الأعيان المحرمات، وذكر في جملتهن الأم من الرضاع، والأخت من الرضاع، فثبت أن الرضاع يحرم.

وأيضاً روت عائشة عن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»[1].

وروى علي قال: قلت للنبي ﷺ: هل لك في ابنة عمك حمزة، فإنها أجمل فتاة في قريش؟ فقال: «أما علمت أن حمزة أخي من الرضاعة، وأن الله عز وجل حرم من الرضاعة ما حرم من النسب»[2].

وروى ابن الطفيل قال: رأيت رسول الله ﷺ يقسم لحماً بالجعرانة[3]، فأتته امرأة حتى دنت منه، فبسط لها رداءه حتى جلست عليه، فقلت: من هذه؟ فقالوا: أمه التي أرضعته[4]. فدل ذلك على التحريم.

---

(١) أخرجه البخاري النكاح (٤٩٤١)، ومسلم في الرضاع (١٤٤٤).

(٢) رواه مسلم في الرضاع (١٤٤٦).

(٣) الجعرانة: بكسر أوله: وهي ماء بين الطائف ومكة، وهي إلى مكة أقرب، نزلها النبي ﷺ لما قسم غنائم هوازن مرجعه من غزوة حنين، وأحرم منها ﷺ، وله فيها مسجد، وبها آبار متقاربة. انظر: معجم البلدان (٢/ ١٤٢).

(٤) أخرجه أبوداود في كتاب الأدب باب بر الوالدين (٥١٤٤). قال الألباني: ضعيف الإسناد، وأمه من الرضاعة هي حليمة السعدية.

مسألة : قال : (والرضاع الذي لا يشك في تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً) .

ظاهر هذا الكلام أن ما دون الخمس مشكوك في إيقاع التحريم بهن ، خلافاً لأبي حنيفة ، ومالك ، وإحدى الروايتين عن أحمد رحمهم الله : أن الرضعة تحرم .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى ابن الزبير أن النبي ﷺ قال : « لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ، ولا المصة ولا المصتان »[1] .

فنفى أن يقع التحريم بالواحدة والثنتين ، ودليل الخطاب يقتضي أن الثلاث تحرم ، لكن سقط التعلق بالدليل هاهنا ؛ لأن في إثباته إسقاط النطق، لأنه لا فرق بين الثلاث وما دونها على قولنا في نفي التحريم ، فإذا ثبت بالدليل أن الثلاث تحرم ثبت بالإجماع أن ما دونها لا تحرم ، وفي ذلك إسقاط النطق ، والدليل لا يعترض على نطقه ، لأنه فرع له ، ويدل عليه ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كان مما أنزل الله تعالى عشر رضعات معلومات تحرم ، ثم نسخن بخمس رضعات معلومات ، فمات رسول الله ﷺ وهن مما يتلى من القرآن[2] .

وعلى هذا الخبر اعتمد أصحابنا ، فموضع الدلالة منه: أنها أخبرت أن التحريم كان متعلقاً بالعشر ثم نسخ ، ومات وهو معلق بالخمس ، فإذا علقوه بما دون الخمس كان ذلك نسخاً لتعلقه بالخمس ؛ لأن الخامسة تصادف تحريماً فلا تؤثر ، ألا ترى أنه لما نقل التحريم من العشر إلى الخمس كان ذلك

---

(١) رواه مسلم في الرضاع (١٤٥١) .

(٢) أخرجه مسلم في الرضاع (١٤٥٢) .

نسخاً للعشر ، ولأنه تحريم متعلق بسبب مباح يقطع النكاح ويمنع العقد ، فوجب أن يكون شرطه العدد ، دليله : تحريم اللعان والطلاق والثلاث .

وقولنا : « سبب مباح » احتراز من الردة من زوجته ، وإذا وطئ زوجته بشبهة فإنه يحرم، ولا يعتبر به عدد .

وقولنا : « يقطع النكاح » احترازاً منه إذا قال لزوجته : هذه أختي من الرضاعة، فإنه لا يعتبر فيه التكرار ؛ لأنه يقطع النكاح ، وإنما هو أخبر أنه ما كان بينهما نكاح .

وقولنا : « وتمنعه » احترازاً منه إذا طلق دون الثلاث ، أو خالع فإن التحريم يقع بلا عدد ، لأنه لا يمنع النكاح .

وجه الرواية الثانية : قوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء : ٢٣] فحرم ما أرضعت ، ولم يفرق بين أن ترضع رضعة أو أكثر . وأيضاً قول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة »[1] والولادة لا يعتبر فيها العدد ، كذلك هاهنا .

ولأنه فعل يتعلق به التحريم فلم يعتبر فيه العدد ، كتحريم أمهات النساء ، وحلائل الأبناء يتعلق بالعقد والوطء من غير أن يعتبر فيه عدد ، ولا يلزم عليه الطلاق واللعان ؛ لأنه قول وليس بفعل .

مسألة : قال : (والسعوط كالرضاع، وكذلك الوجور) .

والسعوط : هو أن يحلب اللبن في مسعط أو غيره ويطرح في أنفه .

والوجور : هو أن يصب في حلقه صباً. فجميعه يحرم على ما نقله الخرقي،

---

(١) سبق تخريجه .

خلافاً لداود، وإحدى الروايتين عن أحمد: لا يتعلق به تحريم.

وجه ما نقله الخرقي: قوله ﷺ: «الرضاعة من المجاعة»[1]، وقوله «الرضاع ما أنبت (اللحم)[2] وأنشز العظم»[3] وهذه المعاني توجد في الوجور كوجودها في الرضاع، فتعلق التحريم به كالرضاع، فهذه علة الوجور.

وعلة السعوط: أنه عدد مخصوص من لبن مخصوص حصل في موضع يغذي في وقت مخصوص، فتعلق به التحريم، كما لو وصل إلى الجوف.

ووجه الثانية: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣] فحرم ما أرضعن وهذه لم ترضع.

ولأن اللبن حصل في جوفه من غير ارتضاع فلم يتعلق به التحريم، دليله: لو وصل من جرح في ثديها.

مسألة: قال: (واللبن المشوب كالمحض) ظاهر كلامه أنه يوقع التحريم سواء تغير الماء باللبن أو لم يتغير، وهو قول الشافعي، ويجوز أن يحمل كلامه على أنه كالمحض متى تغير الماء باللبن، فأما إذا لم تتغير إحدى صفاته فإنه لا يحرم. وقال أبو حنيفة: لا يحرم وإن (تغيرت)[4] صفات الماء به حتى تكون الغلبة للبن.

---

(١) رواه البخاري في الشهادات (٢٥٠٤)، ومسلم في الرضاع (١٤٥٥).

(٢) في (س): العظم.

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح (٢٠٦٠)، وأحمد (١/ ٤٣٢)، والدارقطني (٤/ ١٧٢، ١٧٣). قال الألباني: ضعيف.

(٤) في (س): تغير.

والدلالة على أنه يحرم متى تغيرت إحدى صفاته ، خلافاً لأبي حنيفة : هو أنه لو غلب عليه تعلق به التحريم، كذلك إذا لم يغلب عليه، دليله: النجاسة .

ولأنه ينشر الحرمة منفرداً ، فينشرها وإن كان مشاباً بغيره ، دليله : لو كان اللبن هو الغالب .

والدلالة على أنه لا ينشر الحرمة ما لم يتغير الماء به ، خلافاً للشافعي: هو أنه يتناوله اسم الماء على الإطلاق ، فلم يتعلق به حكم، كما لو وقعت نقطة في كوز ، وسقي الصبي بعضه، فإنه لا يحرم عندهم ، ولأنه يجوز الوضوء به ، فلم ينشر الحرمة .

ولأنه إذا صار الحكم للماء بطل حكم اللبن، بدليل جواز الوضوء به ، ولا يلزم عليه إذا تغيرت إحدى صفاته فإنه لا يسمى ماء على الإطلاق ، فلا يجوز الوضوء به .

مسألة : قال: (ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية، لأن اللبن لا يموت)، خلافاً للشافعي وأبي بكر الخلال من أصحابنا في قولهما : لا يجوز .

وجه ما نقله الخرقي : قوله تعالى : ﴿وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ ولم يفرق ، وقوله ﷺ : «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم»[1]، وقوله : «الرضاعة من المجاعة»[2] .

ولأن اللبن لا يحله الموت ؛ لأنه ليس فيه حياة ، فحاله بعد الموت كحاله قبله ، وقبل الموت يحرم فبعد الموت مثله .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

ولأنه لبن لو شربه الصبي في حال حياة المرأة تعلق به التحريم ، فإن شربه بعد موتها يجب أن يتعلق به قياساً على اللبن الذي يحلب في حياتها ، فإنه لا فرق بين أن يشربه في حياتها أو بعد موتها ، يبين صحة هذا : أن للبن حكم تتعلق بنفسه لا بالمرأة ؛ لأنه لو حلب في إناء فشربه صبي حرم ، فإذا كان كذلك لم يعتبر في تعلق التحريم به في حياتها ، ويفارق هذا الوطء أنه لو وجد في ميتة لم يتعلق به التحريم الذي يتعلق بها حال الحياة ؛ لأن الوطء لا يثبت حكمه إلا بالموطوءة، فاعتبر وجود حياتها في حال حصوله.

ووجه قول أبي بكر : أنه معنى يتعلق به تحريم نكاح ، فإذا ابتدأ به بعد الموت لم يتعلق به التحريم، كالوطء ، وكذلك إذا وطئ الرجل امرأة ميتة لا يتعلق بتحريم المصاهرة بوطئها ، كذلك الرضاع يجب أن لا يتعلق به التحريم إذا ابتدئ به بعد الموت .

وقولنا : « إذا ابتدأ به » احترازاً منه إذا حلب اللبن منها في حيال حياتها ثم أسقيه الصبي بعد موتها .

مسألة : قال : (وإذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به، فثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً خمس رضعات في حولين حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره، وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها ، وإن أرضعت صبية فقد صارت بنتاً لها ولزوجها ؛ لأن اللبن من الحمل الذي هو منه) .

قد تقدم الكلام في هذه المسألة في كتاب النكاح، ولكن نعيده هاهنا لأنه موضع لها .

ومعنى المسألة : أن لبن الفحل يحرم ؛ لأنه إذا ثاب لها لبن على

حمل من رجل يلحق النسب به، فأرضعت به مولوداً، فإن ذلك اللبن هو لبن الفحل؛ لأنه بوطئه ثاب فيتشر التحريم بين المولود وبين الفحل، كما يتشر بين المولود وبين المرأة المرضعة له، خلافاً لعروة بن الزبير، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار[1]، وربيعة[2]، وحماد[3] رحمهم الله في قولهم: لا يتعلق التحريم بالرجل.

دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[4] والأب والعمة وأم الأب تحرم من النسب.

وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان النبي ﷺ في بيتي فاستأذن رجل على حفصة فقالت: يا رسول الله، إن هذا استأذن في بيتك، فقال: «أراه فلاناً» لعم (حفصة)[5] من الرضاعة، فقلت: يا رسول الله، لو كان فلاناً لكان يدخل علي - يعني عمها من الرضاعة - فقال: «نعم»[6] وهذا نص.

---

(١) هو سليمان بن يسار مولى ميمونة أم المؤمنين، وهو أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، توفي سنة ١٠٧هـ وولد سنة ٣٤هـ. انظر: وفيات الأعيان (١/ ٢١٣)، والأعلام (٣/ ٢٠١).

(٢) هو ربيعة بن فروخ التيمي بالولاء المدني، أبو عثمان لقب بربيعة الرأي، لأنه كان بصيراً بالرأي - القياس - وهو إمام حافظ فقيه مجتهد توفي سنة ١٣٦هـ. انظر: تاريخ بغداد (٨/ ٤٢٠)، والأعلام (٣/ ٤٢).

(٣) هو حماد بن سلمة البصري مفتي البصرة وأحد رجال الحديث ومن النحاة، كان حافظاً ثقة مأموناً، وهو شيخ أبي حنيفة، توفي سنة ١٦٧هـ. انظر: ميزان الاعتدال (١/ ٢٧٧)، والأعلام (٢/ ٣٠٢).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ما بين القوسين زيادة من المحقق مذكورة في كتب التخريج.

(٦) سبق تخريجه.

ولأن كل من حرم بالنسب حرم بالرضاع كالأم .

وأما قوله : « حبلت ممن يلحق نسب ولدها به » فمعناه أنها إن حبلت ممن لا يلحق ولدها به وهو الزاني بها ، فثاب لها لبن، فأرضعت به مولوداً لم تنشر الحرمة بينه وبين الزاني بها، وذلك لأن الرضاع محمول على النسب وفرع له، ومشبه بقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] .

فلما لم يثبت نسبه من هذا الحمل الذي ثاب اللبن لأجله فأولى أن لا يثبت تحريمه باللبن .

وقوله : « حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره » وذلك لأنها قد صارت أماً له من الرضاعة وبناتها أخوات له ، فلهذا حرمت عليه ، وكذلك تحرم عليه بنات أبي الحمل منها ومن غيرها ؛ لأن الفحل قد صار أباً له فبناته أخوات له ، فلهذا حرم عليه ، وإن كان المرضع صبية فقد حرمت على صاحب اللبن، لأنها ابنته من الرضاعة .

وقوله : « فأرضعت به طفلاً خمس رضعات في حولين » معناها الذي يحرم من لبن الفحل وغيره إنما يكون في حولين فما دون ، فإن كان بعد الحولين لم ينشر الحرمة ، خلافاً لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «الرضاع في الكبير يحرم»[2] ، وحكي ذلك عن داود ، وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : مدة الرضاع ثلاثون شهراً ، وخلافاً لزفر في قوله : ثلاث سنين .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) رواه أبوداود في النكاح (٢٠٦١) أنها كانت تأمر بنات أخواتها وأخواتها أن يرضعن من أحبت أن يراها ويدخل عليها . قال الألباني: صحيح .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا رضاع بعد حولين »[1] .

ولأن اللبن الذي يشربه الكبير لا يغذيه في العادة فلم يحرم به ، كالصغير إذا شرب نقطة أو جرعة .

والعلة على أبي حنيفة : أن كل سنة لم يثبت التحريم بالرضاع في آخرها لم يثبت بالرضاع في أولها ، كالسنة الرابعة ، وعكسه الأولى والثانية ، وكل وقت لم تستحق أجرة الرضاع فيه لم يثبت التحريم بالرضاع فيه ، دليله : ما ذكرنا .

مسألة : قال : (ولو طلق الرجل زوجته وهي ترضع من لبن ولده ، فتزوجت بصبي مرضع فأرضعته حرمت عليه، ثم تزوجت بآخر ودخل بها ووطئها وطلقها أو مات عنها لم يجز أن يتزوجها الأول ، لأنها قد صارت من حلائل الأبناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به ، فلم يجز العقد عليها بعد ذلك).

والمعنى الذي ذكره الخرقي : وهو أنها برضاع الصبي الذي تزوجت به صارت من حلائل الأبناء ؛ لأن الصبي قد حصل لها ابنا وللزوج ، لأنها أرضعته من لبنه، فصار ابناً له ، لأن لبن الفحل محرم، وقد تزوجت بابنه فحصلت من حلائل الأبناء ، وحلائل الأبناء حرام نكاحهن على الآباء ، فلهذا لم يصح له العقد عليها .

مسألة : قال : (ولو تزوج بكبيرة وصغيرة، فلم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين ، حرمت الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعاً ، ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة) .

أما الكبيرة فإنها حرمت عليه؛ لأنها من أمهات النساء ؛ لأنها لما أرضعت

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٧/ ٤٦٢) ، والدارقطني في الرضاع (٤/ ١٧٤) .

الصغيرة حصلت أماً لها ، وقد حصلت من أمهات النساء وهن محرمات بالعقد على التأبيد بكل حال .

وأما الصغيرة فينظر: فإن لم يكن دخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاحها ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : ينفسخ نكاح الصغيرة .

دليلنا : أن الأم قد حصلت محرمة على التأبيد ، والبنت يجوز له نكاحها، فقد اجتمع محرمة عليه ومباحة ، ولو اجتمعا في ابتداء العقد في عقد واحد بطل في المحرمة وثبت في المباحة ، وهو أن يعقد على امرأة محرمة وأجنبية، فإنه يثبت في الأجنبية، ويبطل في المحرمة ، فإذا طرأ ذلك التحريم على العقد فأولى أن يثبت في المباحة وينفسخ في المحرمة ، لأن ما يطرأ على العقد بخلاف ابتدائه ، ولا يشبه هنا ابتدأ العقد على امرأة وابنتها أن النكاح يبطل ، لأنهما متساويان ، فليس أحدهما أولى من الأخرى، وهنا التساوي معدوم ، فلم يبطل كابتداء العقد .

وأما إن كان قد دخل على الكبيرة حرمت الكبيرة لما ذكرنا وهو أنها من أمهات النساء ، وحرمت الصغيرة أيضاً ، لأنها من الربائب المدخول بأمها ، ورجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة ، خلافاً لمالك في قوله : لا يرجع عليها بشيء، وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن تعمدت الفساد رجع عليها بذلك ، وإن لم تتعمد الفساد لم يرجع عليها بشيء .

دليلنا : على مالك قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ۖ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ ۖ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ ۖ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ۖ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الممتحنة : ١٠] .

وكان السبب في هذا أن النبي ﷺ صالح قريشاً عام الحديبية على أن يرد عليهم من جاءه من المسلمين والمسلمات مهاجرات ، فنسخ الله عز وجل ذلك ومنع من ردهن ، و أمر برد مهورهن على أزواجهن [1] ؛ لأنه لما حيل بينهن وبين أزواجهن وجب رد مهورهن على الأزواج ، كذلك هذه المرضعة لما حالت بين الزوج وزوجته وجب أن تغرم له المهر .

والدلالة على أبي حنيفة : هو أن كل حق ضمن بالعمد ضمن مع الخطأ، كالمال ، وكل من كان سبباً في فسخ النكاح على غيره بإرضاعه وجب أن يلزمه الضمان قياساً عليه إذا تعمدت الفساد .

وإذا ثبت الرجوع بنصف المهر فقد أطلق الخرقي القول في ذلك .

وقال أبوبكر بن جعفر : نصف المسمى ولا يرجع إلى مهر المثل ولا نصف مهر المثل ، وهذا صحيح على أصلنا ؛ لأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، وما تضمنه المرضعة هاهنا فإنما وجب لما ألزمت الزوجة الزوج بالرضاع ، لأنها بالرضاع ألزمت الزوج ما لم يكن لازماً ، لأن نصف الصداق معرض للسقوط بسبب يوجد من الزوجة، فبالرضاع ألزمته ذلك ، فرجع عليها لأجل ذلك ، وقد دللنا فيما تقدم أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، فلا نعيده .

واختلف قول الشافعي رحمه الله فقال : يرجع عليها بمثل مهر الصغيرة ، وقال : بنصف مهر مثلها .

والدلالة على أنه نصف المسمى لا نصف مهر المثل : أنه رفع عقد صحيح

---

(١) رواه البخاري في المغازي (٣٩٤٦) .

قبل الدخول، فكان الرجوع بنصف المسمى، كما لو طلقها الزوج قبل الدخول فإنه يرجع إلى نصف مهرها .

مسألة : قال : (وإذا تزوج بكبيرة ولم يدخل بها وبصغيرتين، فأرضعت الكبيرة الصغيرتين ، حرمت الكبيرة، وانفسخ نكاح الصغيرتين ، و لا مهر للكبيرة ، ورجع عليها بنصف صداق الصغيرتين ، وله أن ينكح من شاء منهن).

إنما تحرم الكبيرة ؛ لأنها من أمهات النساء ، وأما الصغيرتين فإن نكاحهما ينفسخ ، خلافاً للشافعي في أحد قوليه : ينفسخ نكاح الأخيرة دون الأوله .

دليلنا : أنهما صارتا أختين وهما تحته ، فوجب أن ينفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما معاً ، أو نقول : حصل جامعاً بين أختين، فبطل نكاحهما، كما لو ابتدأ العقد عليهما فإنه يبطل فيهما جميعاً ، ولأنهما متساويتان ولا مزية لإحداهما على الأخرى ، وهذا المعنى موجود فيه إذا طرأ الجمع بعد العقد، ويفارق هذا إذا كانت كبيرة وصغيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة حيث قلنا: تحرم الكبيرة، وثبت نكاح الصغيرة ، لأنهما غير متساويتين ؛ لأن لإحداهما مزية ، وهو أن الكبيرة تحرم على التأبيد والصغيرة مباحة ، فلهذا أبطلنا نكاح الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة .

فإذا ثبت أن الكبيرة تحرم وينفسخ نكاح الصغيرتين فلا مهر للكبيرة ، لأن الفسخ جاء من جهتها، فهو فو كما لو ارتدت قبل الدخول فلا مهر لها، وأما الصغيرتان : فيرجع بنصف صداقهما على الكبيرة، ولا يسقط لما تقدم في المسألة التي قبلها .

مسألة : قال : (فإن كن الأصاغر ثلاثاً فأرضعتهن منفردات حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً، وثبت نكاح آخرهن رضاعاً ، فإن أرضعت

إحداهن منفردة والاثنتين بعد ذلك معاً حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الأصاغر، وتزوج من شاء من الأصاغر، ولو كان داخلاً بالكبيرة حرم عليه الكل على الأبد).

أما الكبيرة فإنما حرمت عليه، لأنها من أمهات النساء، وأما المرضعات أولاً فإنما انفسخ نكاحهما، لأنهما قد صارتا أختين وهما تحته، فلهذا انفسخ نكاحهما.

وأما الأخيرة فنكاحها باق، لأن رضاعها حصل بعد فسخ نكاح الأولتين، فلم يصادف جمعاً بينهما وبين الأخيرتين، فلهذا ثبت نكاحها.

وأما إذا أرضعت إحداهن منفردة والاثنتين بعد ذلك معاً فإنه ينفسخ نكاح الكل، لأنهن قد صرن أخوات وهن تحته؛ لأن الأولة لم ينفسخ نكاحها برضاعها منفردة، فلما أرضعت الأخيرتين بعدها حصل الجمع بينها وبين الأخيرتين، فانفسخ نكاح الكل، وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر؛ لأنهن لم يحرمن عليه، لأنه لم يدخل بأمهن، وأما إن دخل بأمهن – وهي الزوجية الكبيرة – حرمن عليه، لأنهن من الربائب المدخول بأمهاتهن.

مسألة: قال (وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح إذا كانت مرضية، وقال أبوعبدالله رحمه الله في موضع آخر: إن كانت مرضية استحلفت، فإن كانت كاذبة لم يحل عليها الحول حتى يبيّض ثدياها. وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس رضي الله عنه)[1] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقبل شهادة النساء في الرضاع بانفرادهن، وخلافاً للشافعي في قوله: لا يقبل أقل من أربع من النساء.

---

(١) رواه البيهقي (١٠/ ١٧٧)، وعبدالرزاق (١٥٤٣٩).

والدلالة على ما قلناه : ما روى عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فقالت : أمة سوداء قد أرضعتكما ، فحملت إلى رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك فقال : «كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ، خلّ سبيلها»[1].

فهذا دلالة على أبي حنيفة في منعه قبول شهادتهن في الجملة .

ودلالة على الشافعي في منعه قبول شهادة الواحدة فيه .

وعن ابن عباس قال : تقبل شهادة المرأة الواحدة في الرضاع[2] .

والعلة على أبي حنيفة : أنها شهادة على العورة تقبل فيها النساء مع الرجال، فيقبل فيها النساء على الانفراد ، دليله : الولادة ، ولا يلزم عليه الزنى، لأنه لا يقبل فيه النساء .

والعلة على الشافعي : أن الشهادة على الرضاع معنى ثبت بالنساء على الانفراد، فجاز أن يثبت بالمرأة الواحدة كالخبر .

وكل جنس قبل فيه شهادته على الانفراد قبل أقل من أربع، دليله: الرجال.

وأما قوله : « استحلفت » فإنما صار إلى قول ابن عباس في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وامرأة فقال : إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته . والقياس يمنع من يمينها ؛ لأن الشاهد غير متهم . ونظير هذه المسألة في شهادة أهل الذمة في الوصية في السفر عند عدم المسلمين تستمع ويستحلفون عليها للأثر الوارد في ذلك[3]، وكان القياس يمنع من ذلك أيضاً.

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات (٢٥١٦) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة (١٦٦٥٨)، وعبدالرزاق (١٣٩٧١) .

(٣) حديث تميم الداري وعدي بن بداء وقصة الجام: رواه البخاري في الوصايا (٢٦٢٨).

مسألة : قال : (وإذا تزوج بامرأة ثم قال قبل الدخول: هي أختي من الرضاعة، انفسخ النكاح ، فإن صدقته فلا مهر لها ، وإن أكذبته فلها نصف المهر ، وإن كانت المرأة هي التي قالت : هو أخي من الرضاعة، فأكذبها ولم تأت بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم) .

إنما انفسخ النكاح بينهما إذا اعترفت بذلك ، لأنه قد أقر على نفسه بما يوجب تحريمها على نفسه ، فيجب أن يصدق، كما لو قال : قد طلقتها ثلاثاً، فإن صدقته المرأة في ذلك فلا مهر لها إذا كان قبل الدخول ، لأنها قد اعترفت أنه لم يكن بينهما نكاح؛ لأنها إذا كانت أمه أو أخته في الحقيقة لم يصح عقده عليها ، فلهذا لم يكن لها عليه نصف الصداق ، وإن أكذبته فلها عليه نصف الصداق ، لأن إقراره تضمن شيئين إسقاط حق عليه وحق له، فيقبل قوله فيما كان حقاً له، ولم يقبل قوله فيما كان حقاً عليه ، وأما إن كانت المرأة مقرة بذلك فإن صدقها انفسخ النكاح .

وقوله : « انفسخ النكاح » ليس بفسخ حقيقة، وإنما يبين له أنه لم يكن بينهما نكاح ، لأنه قد اعترف بتصديقها أنه لم يكن بينهما نكاح ، وإن أكذبها فالزوجية بحالها ، لأنها قد ادعت معنى رفع العقد، وهذا غير مصدق لها في ذلك ، فلم يقبل مجرد قولها، كما لو ادّعت أنه طلقها .

* * *

كتاب النفقة على الأقارب

الأصل في النفقات قوله تعالى : ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء : ٣٤] .

ومنه دليلان : أحدهما : قوله تعالى : ﴿قَوَّٰمُونَ﴾ والقوام على الغير المتكفل بأمره من نفقة وكسوة وغير ذلك .

والثاني : قوله تعالى : ﴿وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ يعني عليهن من أموالهم .

وقال تعالى : ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب : ٥٠] وهذا دليل على وجوب النفقة على الزوجات .

وقال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة : ٢٣٣] والمولود له : الزوج ، فقد أخبر أن عليه رزقها وكسوتها .

وروى أبوهريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله معي دينار ، فقال : « أنفقه على نفسك » قال : معي آخر ، قال : « أنفقه على ولدك » قال : معي آخر . قال : « أنفقه على أهلك » قال : معي آخر . قال : «أنفقه على خادمك» ، قال : معي آخر قال : «أنت أبصر»[1] .

فقد جمع هذا الخبر جهات النفقات كلها، فإنها تستحق بالقرابة والزوجية

---

(١) أخرجه أبوداود في الزكاة (١٦٩١)، والنسائي في الزكاة (٢٥٣٥) ، والشافعي في مسنده (٢٠٩-سندي) . قال الألباني : حسن .

والملك ، وقد نص على جميعها .

وقال سعيد بن أبي سعيد : كان أبو هريرة إذا روى هذا الخبر يقول ولدك: أنفق علي إلى من تكلني ، وتقول زوجتك : أنفق علي وإلا طلقني ، ويقول خادمك : أنفق علي وإلا بعني[١] .

واحتج أحمد رحمه الله بحديث عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت هند إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح فإنه لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي إلا ما أخذته منه سراً وهو لا يعلم فهل علي في شيء ؟ فقال ﷺ : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[٢] .

ولأنه إذا تزوج بها حبست نفسها عليه، وامتنعت من الأزواج بتسليم نفسها إليه ، فوجب أن يكون عليه كفايتها ، كالمجاهدين لما نصبوا أنفسهم للقتال وأرصدوا أنفسهم له لزم الإمام القيام بكفايتهم ، كذلك الزوجة مثله.

مسألة: قال: (وعلى الزوج نفقة امرأته بما لا غنى لها عنه وكسوتها).

ظاهر كلامه أن (النفقة)[٣] غير مقدرة ، وإنما هي على قدر الكفاية ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : هي مقدرة ، ويختلف قدرها باختلاف حال الزوج ، فيجب على الموسر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢/ ٥٢٤) . قال الأرناؤوط : إسناده حسن .

(٢) أخرجه البخاري في النفقات (٥٠٤٩)، ومسلم في الأقضية (١٧١٤) .

(٣) في (س) : الزوجة .

مَتَـٰعُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقوله : ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [الطلاق : ٧] ولم يذكر التقدير ، وذكر اليسار والإعسار يفيد أن النفقة تجب على الموسر والمعسر ولا تسقط عنه ، ويدل عليه : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لهند : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1] فاعتبر الكفاية ولم يعلقها بمقدار .

ولأنها تجب حالاً فحالاً، ويوماً فيوماً ، وهي كنفقة الخادم والأقارب وأجرة المسكن .

مسألة : قال : (فإن منعها ذلك أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف ، كما روي عن النبي ﷺ أنه قال لهند : ... وذكر الحديث) فقد نقل هاهنا أن لها أن تأخذ قدر نفقتها ونفقة ولدها عند منعها من دفعه إليها بغير إذنه .

ونقل في الدعوى والبينات : إذا كان له على رجل مال فمنعه إياه فقدر له على مال لم يأخذه من تحته .

والفرق بينهما من وجهين : أحدهما : من جهة الظاهر . والثاني : من جهة المعنى .

فأما الظاهر : فروى في مسألتنا في حديث عائشة أن هند جاءت إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وإنه لا يعطيني من النفقة إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال رسول الله ﷺ : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وهذا نص في جواز الأخذ بقدر النفقة وهو لا يعلم .

---

(١) سبق تخريجه .

وقال في غير هذا الموضع : «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[1] . فظاهر هذا أنه إذا كان عنده وديعة لغيره وله على صاحبها حق قد منعه منه أنه لا يأخذها بل يردها عليه ، فاستعملنا الخبر في غير نفقة الزوجة .

وأما من جهة المعنى : هو أن نفقة الزوجة اختلف الفقهاء في وجوبها للزمان الماضي ، فأبو حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد يقولان : إنه إذا فات وقتها ولم يفرضها حاكم سقطت، ولا تملك المطالبة بما مضى من الزمان.

فلو قلنا : لا تأخذ من تحت يدها لم يحصل لها شيء ، وذلك أنها ترافعه إلى الحاكم، فلا يحكم لها بما مضى من الزمان، فيؤدي ذلك إلى سقوط حقها، فلهذا كان لها الأخذ ، لأن الترك يؤدي إلى إسقاط حقها ، وليس كذلك سائر الديون ، فإن تأخيرها لا يؤدي إلى إسقاطها ، فلهذا كان له التأخير ليستوفيها أو يحكم الحاكم . ومثل هذا قلنا في المرتهن إذا أنفق على العبد المرهون ، والدابة المرهونة ، كان له أن يركب ويحلب بقدر نفقته ، لأنا لو لم نفعل ذلك أدى إلى إسقاط حقه ، لأنه قد يرافعه إلى حاكم لا يقضي له بذلك؛ فلهذا استوفى حقه من تحت يده .

مسألة : (فإن منعها ولم تجد له ما تأخذ منه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما) .

ظاهر هذا الكلام أنها تملك (مرافعته)[2] لعدم النفقة سواء كان لإعسار أو كان واجداً ولا يعطيها قدر نفقتها في أن (لها)[3] مرافعته إلى الحاكم ليفرق بينهما ،

---

(١) أخرجه أبو داود في الإجارة (٣٥٣٤) . قال الألباني: صحيح .

(٢) في (س) : مرافقه .

(٣) في (س) : له .

وليس الكلام على ظاهره، بل ذلك محمول على الإعسار بالنفقة .

وأما إن كان موسراً فمنعها مع القدرة كلفه الحاكم الإنفاق عليها ، فإن لم يفعل جُلد وحُبس حتى ينفق ، ولا خيار لها ، لأن الخيار ثبت بالعيب وهو الإعسار، والمطل والدفع ليس بعيب ، كمن اشترى سلعة ودفع ثمنها فإنه لا يملك البائع الفسخ ، كذلك هذا .

وأما إذا أعسر- فإنها تملك الفسخ ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إعسار الزوج بنفقة زوجته لا يثبت لها الخيار .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة : ٢٢٩] والإمساك بالمعروف لا يكون إلا بالنفقة، فإذا تعذر ذلك تعين الآخر.

ولأن النفقة حق مقصود بكل حال ، فجاز أن يثبت للزوجة الخيار بفقد (النفقة)[١] كالاستمتاع إذا فقد لعنة (الزوج)[٢] ، ويؤكد صحة هذا : أن فقد الاستمتاع إنما هو فقد لذة وشهوة ، والبدن يقوم مع فقده ، و فقد النفقة هو فقد ما لا يقوم البدن عند فقده ، فالضرر عليها في هذا الموضع أعظم ، فلما ثبت لها الخيار في ذلك كان ثبوته هاهنا أولى ، ولا يدخل على ما ذكرنا إذا أعسر- عن نفقة الخادم ، أو عن القدر الزائد على نفقة المعسر ؛ لأن ذلك غير مقصود بكل نكاح ، ألا ترى أن بعض الأنكحة تعرى عن وجوبه فيها .

مسألة : قال : (ويجبر الولد على نفقة والديه وولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم ، وكذلك الصبي إذا لم يكن له مال أجبر

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

(٢) في (س): الزوجة .

وارثه الذكور والإناث على نفقته على قدر ميراثهم منه) .

ظاهر هذا الكلام أن الأب تلزمه نفقة ابنه بمجرد الفقر والحاجة ، خلافاً للشافعي في قوله : « لا تجب بمجرد الاحتياج ، وإنما تجب بالحاجة في أحد قوليه ، وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا تجب نفقة الأب على ابنه بمجرد الاحتياج ، ولا تجب للابن على أبيه بمجرده .

والدلالة على وجوب نفقة الوالد على ولده : ما روى أبو هريرة أن رجلاً قال للنبي ﷺ : معي دينار. قال : «أنفقه على والديك»[1] .

ولأن الوالد لا يقاد بولده ، فإذا وقى بدنه ونفسه ببدنه ولده فبأن يوقى بماله أولى .

والدلالة على وجوب نفقة الولد على والده : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَـٰقٍ ﴾ [الإسراء: ٣١] يعني الفقر ، فلولا أن عليه نفقته ما قتله خشية الفقر .

وقال تعالى : ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] فمنع من الإضرار به .

واحتج أحمد رحمه الله بحديث عائشة أن هند أم معاوية جاءت النبي ﷺ فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح ليس يعطيني إلا ما أخذت منه سراً وهو لا يعلم فهل علي في ذلك شيء؟ فقال ﷺ: « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2] .

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

والدلالة على وجوبها بمجرد الاحتياج والفقر : أنه محتاج إلى مال والده ولده ، فوجب عليه نفقته كالزمن ، وقد يتوجه على المذهب أن يقال: أن نفقة الأب تجب على ابنه بمجرد الاحتياج ، ونفقة الابن لا تجب على أبيه إلا بشيئين : حاجة وزمانة أو صغر . ويكون الفرق بينهما : أن للأب أن يأخذ من مال ابنه وليس للابن ذلك ، والأب لا يقاد بابنه والابن يقاد به .

وقوله : « وكذلك الصبي إذا لم يكن له مال أجبر وارثه الذكور والإناث على نفقته على قدر الميراث » يعني به الصبي اليتيم الذي لا أب له ، فإن (ورثه)[1] يلزمهم نفقته كالجد والأم والأخ والأخت والعم وابن العم ، وكل وارث يرث بالفرض أو بالتعصيب فإن نفقته تلزمه ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: ما عدا الوالدين والمولودين لا يلزم بعضهم نفقة بعض.

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ إلى قوله : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ .

فأوجب على المولود له – وهو الأب – نفقة الرضاع ، ثم عطف على الوارث فأوجب عليه مثل ما أوجب على الأب .

وأيضاً : روي عن النبي ﷺ أن رجلاً سأله فقال : من أبر ؟ فقال : « أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك »[2] . وفي لفظ آخر : « أمك وأباك

---

(١) في (س) : ورثتهم .

(٢) أخرجه أبوداود في الأدب (٥١٤٠) وسيأتي . وليس فيه : « ثم أدناك أدناك » وقد رواه النسائي في الزكاة (٢٥٣٢) . قال الألباني : صحيح .

وأختك وأخاك ومولاك الذي يلي ذلك حقاً واجباً ورحماً موصولة»[1] وهذا نص ؛ لأن النبي ﷺ ألزمه النفقة.

واحتج أحمد رحمه الله بما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه قضى بني عم منفوس بنفقته[2] .

ولأنه يرثه بالفرض والتعصيب فكان عليه نفقته، دليله: الأب والأم والابن.

مسألة : قال : (فإن كان للصبي أم وجد، فعلى الأم ثلث النفقة وعلى الجد الثلثان ، وإن كانت أخاً فعلى الجد السدس والباقي على الأخ) وعلى هذا حساب النفقات ، خلافاً للشافعي في قوله : يقدم الجد على الأم في النفقة ، فأوجبها عليه دونها .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ والأم ترث منه الثلث، فيجب أن يكون عليها مثل ذلك .

ولأنه مال يستحق بالنسب ، فإذا اجتمع فيه جد وأم لم نخص به الجد كالميراث .

مسألة : قال : (وعلى المعتق نفقة معتقة إذا كان فقيراً ، لأنه وارثه) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا تجب .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ وهذا عام .

وقول النبي ﷺ وقد سئل من أبر فقال : « أمك وأباك وأختك وأخاك

---

(١) رواه أبوداود في الأدب (٥١٤٠) . قال الألباني : ضعيف .

(٢) رواه عبدالرزاق (١٢١٨١) ، وابن أبي شيبة (١٩٥٠٢) .

ومولاك الذي يلي»[1] فنص على بر المولى .

ولأنه يرثه بالتعصيب فكان عليه نفقته ، دليله : الأب .

ولأن الميراث بالولاء أحد أسباب الميراث ، فأوجب إلنفقة ، دليله : النسب والزوجية .

مسألة : قال : (والأمة إذا تزوجت لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكاً نفقتها) .

أما إذا كان حراً فيلزمه النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، وقد مكنته، فلهذا ألزمته النفقة كما لو كانت حرة ، وإن كان الزوج عبداً مأذوناً له في التزويج لزم السيد النفقة، فعلق النفقة برقبته ؛ لأن الوطء في النكاح بمنزلة الجناية، بدليل أن شاهدين لو شهدا بالطلاق ثم رجعا كان عليهما ضمان المهر، ولو شهدا بمال ثم رجعا فلا ضمان عليهما ، ثبت أنه كالجناية والإتلاف يتعلق برقبته .

ولأنه لما أذن له في النكاح فقد أذن له في الاستمتاع ، ولا يصل إلى الاستمتاع إلا بالنفقة ، وليس للنفقة محل يتعلق به إلا بذمته أو برقبته ، وأما الذمة فلا ، لأنه يؤدي إلى تأخر حق الزوجية من النفقة (بعد)[2] العتق، وهذا لا يجوز .

مسألة : قال : (فإن كانت أمة تأوي بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد مدة مقامها عنده) .

---

(١) رواه البخاري في الأدب المفرد (٤٧)، وأبوداود في الأدب (٥١٤٠). قال الألباني: ضعيف.

(٢) في (س) : اتباع .

أما الزوج فإنما لزمه من النفقة مدة مقامها عنده؛ لأنها في تلك الحال تمكنه من الاستمتاع في الوقت الذي هو معتمد في الاستمتاع، فلهذا كان عليه نفقتها، وعلى السيد نفقتها مدة مقامها عنده وهو النهار، لأنها في تلك الحال مانعة للزوج من منافعها، وهي تحت يد السيد، فلهذا كان عليه النفقة.

مسألة: قال: (فإن كان لها ولد لم يلزم الزوج نفقة ولدها حراً كان أو عبداً ونفقتهم على سيدهم).

نفقته دون أبيه الذي هو زوجها؛ لأن الولد عبد لمولى الأم، والسيد يلزمه نفقة ولده حراً كان أبوه أو عبداً، لأنه إن كان حراً لم تجب عليه النفقة، لأنه مملوك لغيره، فلم تلزمه النفقة على مملوك لغيره؛ لأنه غني بسيده، وإن كان الأب عبداً لم تلزمه النفقة؛ لأن النفقة للأقارب تجب على سبيل المواساة، والعبد ليس من أهل المواساة، بدليل أنه لا تجب عليه زكاة، لأن النفقة تجب مع وجود المال واليسار، بدليل أن الفقير لا نفقة عليه، فلهذا لم تلزمه.

مسألة: قال (وعلى المكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المكاتب). أما المكاتب فلا تلزمه نفقة ولدها؛ لأنه إن كان حراً لم تجب لما ذكرنا في العبد وهو أن نفقة الأقارب على سبيل المواساة، والمكاتب ليس من أهل المواساة، بدليل أنه لا تجب عليه زكاة المال.

ولأن النفقة إنما تجب مع الوجود واليسار، بدليل أن الفقير لا نفقة عليه، والمكاتب غير موسر ولا واجد؛ لأن المال الذي في يده يستحقه سيده.

وإن كانت امرأته أمة لم يجب عليه أن ينفق عليها لما ذكرنا، وهو أنه مملوك لسيد الأمة، فلا يجب عليه أن ينفق على مملوك غيره.

وأما الأم إذا كانت مكاتبة فيلزمها النفقة لولدها دون الأب المكاتب ؛ موقوف مع أمه يعتق بعتقها ، فيجب أن تنفق عليه كما تنفق على نفسها مما في يدها ؛ لأنه في حكمها .

مسألة : قال : (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته) ، وذلك لأنه مملوك ونفقة العبد على سيده ، كما لو كان السيد حراً ، ويفارق هذا ولده من زوجته، لأنه إن كانت أمة فهو مملوك لسيدها ، فلا تلزمه نفقة مملوك غيره، وهذا مملوكه ، فلهذا لزمته نفقته ، وإن كانت حرة لم يلزمه أن ينفق عليه لما ذكرناه .

ولأن أرش الجناية عليه يعود ، فكان الإنفاق عليه كأم ولده .

ولأنه لا ضرر على سيده ولا فيه تغرير بماله ؛ لأنه إن أدى عتق، فما نقص من ماله شيء ، وإن عجز ورق كانت الأمة له ، فيكون إنفاقاً على ملك السيد، وبالله التوفيق .

* * *

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة) .

ظاهر هذا الكلام أنه إذا لم يكن مثلها يوطأ ، وهو أن يكون لها دون تسع سنين فلا نفقة لها ، ومتى كان مثلها يوطأ فمنعته نفسها أو منعها أولياؤها فلا نفقة لها ، خلافاً للشافعي في أحد القولين : لها النفقة ، وخلافاً للحكم في قوله : إن كان مثلها يوطأ فنشزت عليه لم تسقط نفقتها .

والدلالة على أن النفقة تسقط بالنشوز في حق من يمكن وطئها : هو أن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ، ألا ترى أن الرجل إذا نكح امرأة وسكنا بعد العقد، فلم يطالب الزوج بالتمكين ، ولا سلمت المرأة نفسها لم تجب النفقة، والتسليم هاهنا قد تعذر، فسقط ما في مقابلته ، كالثمن إذا تعذر تسليمه فإنه يسقط ما في مقابلته من الثمن .

والدلالة على أن النفقة لا تجب للصغيرة التي لا يجامع مثلها : هو أن النفقة تستحق بتسليم المرأة نفسها في بيت الزوج ، بدلالة الكبيرة إذا سلمت نفسها استحقت ، وإن لم تسلم ونشزت لم تستحق ، والتسليم معدوم في هذه ، فوجب أن لا يستحق ، كالناشز، بل هذه أولى أن لا تستحق، لأن الزوج يمكنه أن يغلب الناشز ويقهرها فيستمتع بها، ولا يمكنه الاستمتاع بهذه والانتفاع بها في المكان المخصوص ، فإذا لم تستحق تلك فالصغيرة أولى .

والدلالة على أن الناشز لا نفقة لها خلافاً للحكم : هو أن النفقة في مقابلة

التمكين من الاستمتاع ، ألا ترى أن الرجل إذا نكح امرأة وسكنا بعد العقد فلم... إلخ [١] .

مسألة : قال : (وإن كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صغير أجبر وليه على نفقتها من مال الصبي) .

معنى قوله : « إذا كانت على هذه الحال » أن تكون ممن يمكن وطؤها إلا أن يكون زوجها صغيراً لا يطأ مثله فلها النفقة ، خلافاً للشافعي في أحد القولين : أن لا نفقة لها .

دليلنا : أنها قد سلمت نفسها في بيت الزوج تسليماً صحيحاً ، فوجب أن تستحق النفقة كما لو كان الزوج كبيراً ، ولأن العجز من جهته ، فإذا كان من جهته لم تسقط نفقتها ، ألا ترى أنه لو كان عنيناً أو مجبوباً لم تسقط نفقتها وإن كان عاجزاً عن وطئها .

مسألة : قال : (فإن لم يكن له مال واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما) .

قد تقدم الكلام على هذه المسألة، وذكرنا أن الإعسار بالنفقة يوجب لها الخيار في فسخ النكاح ، وحكينا الخلاف فيه، فلا وجه لإعادته .

مسألة : (وإن طالب الزوج بالدخول ، وقالت : لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي، كان لها ذلك، ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها) .

أما امتناعها عن تسليم نفسها قبل قبض الصداق فقد تقدم الكلام عليه في

---

(١) هذا الدليل معاد ، وقد ذكره المؤلف قبل هذا بأسطر ولهذا لم يكمله وقال ..إلخ .. وإكماله هو (فلم يطالب الزوج بالتمكين ولا سلمت المرأة نفسها لم تجب النفقة والتسليم ههنا قد تعذر فسقط ما في مقابلته كالثمن إذا تعذر تسليمه فإنه يسقط في مقابلته من الثمن) .

كتاب الصداق ، وذكرنا الفرق بينه وبين المبيع ، فإن البائع يلزمه تسليم المبيع قبل قبض الثمن ، وهو أنها لو سلمت نفسها قبل القبض لم يأمن أن يطأها فتتلف المنفعة عليها ويتعذر عليها صداقها ، ولا يمكنها الرجوع بالمنفعة ولا بدلها ، وفي المبيع يلزمه تسليمه ، لأنه إن تعذر على المشتري تسليم الثمن أمكن البائع الرجوع بعين ماله ، فلهذا فرقنا بينهما .

ويلزمه النفقة لها مدة امتناعها من التسليم حتى تقبض الصداق ؛ لأن هذا الامتناع حق، فهو بمنزلة امتناعها في زمان الحيض والمرض ، وكما لو كان الزوج صغيراً .

مسألة : قال : (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن تكون حاملاً) أما إذا لم تكن حاملاً فلا سكنى لها ولا نفقة ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لها النفقة والسكنى ، وخلافاً للشافعي في قوله: لها السكنى دون النفقة . وقد روى الكوسج عن أحمد مثل ذلك.

وجه ما نقله الخرقي : ما روى عبدالله بن أحمد قال : حدثني أبي ، قال : ثنا يحيى بن سعيد ، قال : نا خالد ، قال : نا عامر ، قال : قدمت المدينة فأتيت فاطمة بنت قيس فحدثتني أن زوجها طلقها على عهد رسول الله ﷺ وأن أخاه أخرجني ومنعني السكنى، فأرسل إليه رسول الله ﷺ فقال : « مالك وبنت قيس» قال : يا رسول الله ، إن أخي طلقها ثلاثاً جمعاً . قالت : فقال رسول الله ﷺ : «انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها رجعة فلا نفقة ولا سكنى ، أخرجي فانزلي على فلانة » . ثم قال : « فلانة يتحدث إليها ، انزلي على ابن مكتوم فإنه رجل

أعمى»[١] .

وروى أبوبكر بن جعفر من أصحابنا بإسناده، عن الشعبي، عن فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ قال : « المطلقة ثلاثاً لا سكنى لها ولا نفقة »[٢] .

ولأنها زوجية زالت فوجب أن تزول النفقة بزوالها كالوفاة .

ولأن النفقة تجب لأجل التمكين من الاستمتاع ، بدليل أنها لو نشزت سقطت ، وإذا كانت في مقابلته ، والبائن لا تمكين ، فإذا زال التمكين زالت النفقة ، وكل من لا نفقة لها لا سكنى لها ، دليله : الموطوءة بشبهة ، وعكسه الرجعية لما كانت لها النفقة كان لها السكنى .

ووجه الرواية في إيجاب السكن هو : أن السكنى حق لله تعالى يدل عليه قوله تعالى : ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق : ١] فأوجب على الرجال إمساكهن ، ويفارق ذلك النفقة؛ لأنها تستحق بالعقد فبانقطاعه يسقط .

فأما إذا كانت المبتوتة حاملاً فلها السكنى والنفقة لقوله تعالى : ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق : ٦] وروي في بعض الأخبار أن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت قيس ، وكانت مبتوتة : « لا نفقة لك إلا أن تكوني حبلى »[٣] .

---

(١) أخرجه أحمد في (٣٧٣، ٤١٦) قال الأرناؤوط : صحيح .

(٢) رواه ابن ماجه في الطلاق (٢٠٣٦) . قال الألباني : صحيح .

(٣) أخرجه مسلم في الطلاق (١٤٨٠) وفيه أن الحارث بن هشام وعياش بن ربيعة قالا لها : «والله مالك نفقة إلا أن تكوني حاملاً » فقال ﷺ : « لا نفقة لك » . وسيأتي مرفوعاً .

مسـألة : قال : (وإذا خالعت المرأة وأبرأته من حملها لم تكـن لهـا نفقـة ولا للولد حتى تفطمه) .

قوله : « أبرأته من حملها » يعني أبرأته من نفقة حملها ، ومعناه أنها جعلت عوض الخلع قدر نفقتها لمدة العدة ، ونفقة ولدها مدة الرضاع ، فيصح الخلع ويكون العوض صحيحاً ، ويستحق عليها العوض يوماً فيومـاً ، فكلـما استحق عليها شيئاً من ذلك سقط لأجل استحقاقها عليه بإبرائه من النفقـة لـذلك اليوم عـلى طريق القصـاص ، ولا يملـك عليهـا جميـع نفقتهـا ونفقـة الولـد في حـال الخلع بل يملكه أولاً فأولاً؛ لأنها بذلت له العوض عـلى هـذا الوجـه ، وهـو أن يملك عليها العوض كما تملك عليه النفقـة ، ولـيس يمنـع مـن أن تـأخر كلمـة العوض عن ذلك حال العقد ، وكالمهر في حق (المفوضة)[1] .

قال أصحاب الشـافعي رحمـه الله : إن الزوجـة تملـك بـالعوض قبـل تـأخر العوض عن العقد، وإن كان الزوج قد ملك عليهـا البضـع ، وجهالـة مقـداره لا يوجب بطلان الخلع ، كما لا يوجب جهالة مهر المثل بطلان النكاح ، وكما لـو خالعها على ما في يدها من الـدراهم ، وإنـما صـح أن يخـالع عـلى نفقـة ولـدها وهـي ملـك للولـد ، لأنهـا في التحقيـق في حكـم المالكـة لهـا ؛ لأنهـا في مـدة الحمل هي القابضة والمستحقة لها ، وبعد الولادة في مدة الرضاع ، وهي أحق بأجرة الرضاع من غيرها حتى أنه لو تطوع غيرها برضاعه كانت هي أحق بأجرة الرضـاع ، فحصـل كأنـه ملـك مـن أملاكهـا ، فصـح أن تعـاوض عليـه ، بـل مـا يستحقه الولـد مـن النفقـة زائـداً عـلى أجـرة الرضـاع مـن كسـوة وسـكن ودهـن

---

(١) في (س) : المقبوضة .

ونحوه، فهذا يصح أن تخالع عليه ؛ لأنها ليست في حكم المالك له ؛ لأنه لا يصير إليها، فلا تدخل العوض تحت الخلع ، وإنما يدخل تحته أجرة الرضاع مدة الحولين .

مسألة : قال: (والناشز لا نفقة لها ، فإن كانت حاملاً أعطاها نفقة ولدها).

أما إذا كانت حاملاً فلها النفقة ، وقد حكيناه خلافاً مع الحكم، ودللنا عليه فيما تقدم .

وأما إذا كانت حاملاً فلها النفقة وذلك لقوله تعالى : ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ .

وقال ﷺ لفاطمة بنت قيس وكانت مبتوتة : « لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً »[1] .

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله تعالى : هل تجب النفقة لها أو للحمل؟ على روايتين :

أحدهما : تجب للحمل ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، لأنها لو كانت غير حامل فلا نفقة لها ، فإذا كانت حاملاً وجبت النفقة ، فلما وجبت النفقة بوجوده علمنا أنها له .

والثانية : تجب لها لأجل الحمل ، لأنها لو كانت للحمل وجبت على الجد عند اغتياب الأب ، كما تجب حال انفصاله ، ولوجب أن يسقط عن الأب يسار الولد كما يسقط لو كان منفصلاً ، ولما لم يقبل هذا دل على أنها تجب

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٤١٤، ٤١٥) ، وأبوداود في الطلاق (٢٢٩٠)، وابن ماجه في الطلاق (٢٢٩٠). قال الألباني: صحيح .

لأجل الحمل ، ولهذا الاختلاف فوائد، منها : إذا تزوج حر بأمة فأبانها وهي حامل ، فإن قلنا: النفقة تجب للحمل، لم تجب على والده، بل وجبت على سيده وهو سيد الأمة ، وإذا قلنا : لها لأجله ، كانت على زوجها ، نص عليه أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور (١) .

ومنها: إذا تزوج عبد بأمة فأبانها وهي حامل ، فإن قلنا : النفقة للحمل ، كانت على سيد الولد دون والده ، وإن قلنا : لها لأجله ، فالنفقة عليه تجب في رقبته .

ومنه : عبد تزوج بحرة فأبانها فكانت حاملاً إن قلنا : للحمل ، فالنفقة على الزوجة ؛ لأنه ولد حرة من مملوك ، وإن قلنا : لها لأجله ، يكون في رقبته .

ومنه : إذا كان الزوج حراً ، فإن قلنا : لها ، فلا نفقة ، لأن النفقة لمن كانت معتدة من نكاح له حرمة ولا حرمة له . وإن قلنا : للحمل ، فعليه النفقة ، لأنها نفقة ولده ، ولا فصل بين النكاح الصحيح والفاسد في باب لحوق النسب وثبوته.

* * *

---

(١) هو محمد بن منصور بن داود بن إبراهيم المعروف بالطوسي ، ذكر الخلال أنه روى عن أحمد أشياء لم يروها غيره. توفي سنة أربع وخمسين ومائتين وله ثمان وثمانون سنة ، وقيل : مات سنة ست وخمسين . انظر : طبقات الحنابلة (١/ ٣١٨، ٣٢٠) .

باب من أحق بكفالة الطفل

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت) وذلك لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده عبدالله بن عمرو ابن العاص أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له وطاء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني . فقال لها رسول الله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحي »[١] .

ولأن المقصود بالحضانة حظ الولد ، فكانت الأم أحظ له .

ولأنها أشفق وأحنى وأرق وأعطف، ويستمرئ لبنها بخلاف غيرها ، وإذا كان الحظ له فيه كانت أحق به أمه .

والمعتوه إذا طلقت هكذا حكمها ، لأنه يحتاج إلى من يحضنه ، وحضانة أمه له أولى .

مسألة : قال : (وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منها) ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : الأب أحق به .

دليلنا : ما روي عن أبي هريرة أنه خير غلاماً بين أبويه وقال : خير رسول الله ﷺ غلاماً بين أبيه وأمه[٢] .

---

(١) أخرجه أبوداود في الطلاق (٢٢٧٦) . قال الألباني : حسن .

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٥٧) . وقال : حديث حسن صحيح (٣/ ٦٣٨) ، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٥١) . قال الألباني : صحيح .

ولأنه إجماع الصحابة قد روي عن عمر أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه[١]، وعن علي[٢] وأبي هريرة[٣] نحو ما ذكرنا .

ولأن القصد من الحضانة طلب الحظ للولد ، فإذا كان صغيراً فالحظ له في مقامه مع أبيه ، فإذا بلغ حد التميز فالحظ له في التخيير حتى ينظر إلى أبويه أحظ له فيقيم معه .

ولا يلزم عليه الجارية ، فإن الحظ لها في مقامها مع أبيها من الوجه الذي نذكره .

مسألة : قال : (وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: تخير كما يخير الغلام .

دليلنا : أن الحضانة حق للولد ومصلحة لها وكونها مع أبيها بعد السبع أحظ لها ، لأنها إذا بلغت سبعاً فقد بلغت حداً تصلح للأزواج ، فإذا كانت تحت يده مدة قربت من قلبه، فيطلب لها الرجال، وينظر في جهازها ، وإذا كانت عند أمها بعدت من قلبه، فلهذا كان الأب أحق بها .

ويفارق الغلام ؛ لأنه لا يحتاج إلى ما تحتاج إليه الجارية من طلب الرجال وجمع الجهاز لهذا لا تخير .

فإن قيل : إن القياس يقتضي أن لا يخير الغلام أيضاً؛ لأنه لا حكم له قبل البلوغ، لكن تركنا القياس في الغلام للأثر الذي تقدم[٤] ، ويبقي موجب

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٤) ، وسعيد بن منصور (٢٢٧٧)، وابن أبي شيبة (١٩٤٥٦) .

(٢) أخرجه البيهقي (٨/ ٤) . وفيه التخيير بين الأم والعم .

(٣) رواه أبويعلى في مسنده (٦١٣١) .

(٤) في (س) : لتخير .

القياس في الجارية كانت طريقة سديدة .

مسألة : قال: (وإذا لم تكن أم أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة) .

أما إذا تزوجت الأم فإن حضانتها تسقط ، خلافاً للحسن في قوله : إنها لا تسقط .

دليلنا : ما روى أبو هريرة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « الأم أحق بحضانة ولدها ما لم تتزوج »[1] .

ولأن القصد من الحضانة طلب الحظ للولد وتربيته، فإذا تزوجت انشغلت عن حضانته والقيام بأمره ، فسقط حقها من ذلك ، فإذا سقطت حضانتها إما بترويج أو بموت فكان للصبي أم أب وخالة ، فأم الأب أحق من الخالة ، لأن الجدة لها ولادة وتدلي بعصبة ، فلهذا كانت أحق ، ولأنها أشفق عليه وأحنا وأرق فكانت أولى .

مسألة : قال : (والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة) .

أما الأخت من الأب فإنها أحق من الأخت للأم ، وذلك لأن الأخت للأم ساوت الأخت للأب في المنزلة والحضانة ، ولكن الأخت للأم تدلي بالأم والأخت للأب فضلت في نفسها لا بغيرها ، بدليل أنها عصبة هذه البنت ؛ لأن الأخوات مع البنات عصبة، والأخت للأم لا عصبة لها ، فإذا كانت من نفسها في نفسها كانت أولى من غيرها .

فأما الأب والأم فإنهما تساويا في القرابة والمنزلة ، وانفردت الأم

---

(١) سبق تخريجه .

بالحضانة، فلهذا كانت أولى من الأب لما فيها من الحظ للطفل ، وليس كذلك هاهنا لأنهما تساويا في القرب والحضانة، فانفردت هذه بكونها عصبة البنات فكان فضيلتها في نفسها أولى .

والدلالة على تقدمها على الخالة : هو أنها لما قدمت على الأخت للأم التي هي أقرب من الخالة، بدليل أنها ركضت معها في رحم واحدة ، وقد قدمت الأخت للأب عليها ، فأولى أن تقدم على الخالة .

مسألة : قال : (وخالة الأب أحق من خالة الأم) وذلك أنهما أختان إحداهما من قبل أبيها ، والأخرى من قبل أمها ، فكانت التي من قبل أبيها أولى كما قلنا: لو كان للطفل أختان إحداهما للأب والأخرى للأم أن التي من قبل الأب أولى، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالة) خلافاً لمالك في قوله : لا تعود إلى حضانتها .

دليلنا : أن الحضانة إنما زالت لمعنى وهو اشتغالها بالزوج ، فإذا طلقت قد زال ذلك المعنى ، و عادت إلى ما كانت عليه ، فعاد حقها من الحضانة إلى ما كان عليه .

مسألة : قال : (وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه التلف) .

وذلك لأن له أن يمنعها من كل ما يشغلها عنه إلا في الأوقات التي وقعت مستثناة وهي أوقات الصلاة والصيام ، فلو قلنا: إنه ليس له منعها استثنينا أكثر من هذه الأوقات، وهذا لا سبيل إليه ، فأما عند الضرورة فهو إذا خيف عليه

التلف فإنه لا يمكن منعها ، لأن الإنسان يلزمه أن يبذل طعامه عند خوف التلف عليه ، وليس في رضاع زوجته لولدها أكثر من ذهاب منفعه، وقد يلزم بذل ماله عند الحاجة من الوجه الذي ذكرنا هاهنا .

مسألة : قال : (وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها، فتكون أحق به من غيرها، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة).

وجملته أن رضاع الولد يلزم الأب ، ولا يملك إجبار أمه على رضاعه ، خلافاً لمالك في قوله : إن كانت شريفة لم يملك إجبارها ، وإن كانت دنية ملك إجبارها ، وخلافاً لأبي ثور[1] في قوله : يملك بكل حال.

دليلنا : أنه لا يخلو إما أن يكون إجبارها عليه لحق ولدها أو لحق زوجها ، فبطل أن يكون للولد ؛ لأنه لو كان لحقه وجب عليها ذلك بعد الطلاق ، ولو كان لحقه لم يصح ، لأنه إذا لم يكن له إجبارها على ما يخصه في نفسه من خلمته ونحو ذلك ، فبأن لا يملك إجبارها على ما تفعله لأجله أولى، فلم يبق إلا أنها لا تجبر بكل حال ، فإذا ثبت أنه لا يملك إجبارها على ما يفعله لأجله فإنه يلزم الأب أن يسترضع ولده ؛ لقوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ يعني رزق المرضعات للولد .

ولأن الرضاع مما يقوم به بدن الصبي فلزم الأب ، دليله : الخبز والكعك ونحو ذلك .

فإن شاءت الأم أن ترضعه بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها، سواء وجد

---

(١) هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي أبو ثور الفقيه صاحب الإمام الشافعي صنف الكتب وفرع على السنن ، مات ببغداد سنة ٢٤٠هـ . سير أعلام النبلاء (١٢/ ٧٢) .

الأب مرضعة بأجرة المثل أو متطوعة على ظاهر كلام الخرقي ، وذكره أبوبكر ابن جعفر[1] أيضاً ؛ لأنها إذا طلبت رضاعة بما يطلب غيرها فهي بذلك أولى ، لأنها أشفق عليه وأحنى وأرق ويستمرئ لبنها بخلاف غيرها فكانت أحق ، وإن وجد متطوعة بذلك فهي أحق به بأجرة مثلها لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وهذه قد أرضعت .

ولأن في نقلها عنها تخفيفاً على الوالد في الأجرة ، وفي تسليمه إليها حظ له؛ لأنها أحنى عليه وأشفق ويستمرئ لبنها فكان حظ الولد مقدم على حظه .

فإن طلبت أن ترضعه بأجرة مثلها فلها ذلك ، وإن كانت تحت زوج ، لأنها في قبضة الزوج يمكنها تسليم المنفعة منه مع الرضاع ، ويفارق هذا لو أجرت نفسها من أجنبي أنه لا يصح ، لأنه لا يمكنها تسليم المنفعة من الأجنبي ؛ لأن له حبسها عن ذلك .

فإن قيل : فالزوج قد ملك عليها جميع الزمان بعقد النكاح فكيف تصح الإجارة ؟ إذا دخل معها في عقده الإجارة فقد رضي بإسقاط حقه .

* * *

(١) انظر : الإنصاف (٩/ ٤٠٦) وهذا ظاهر المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

باب نفقة المماليك

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف) وذلك لما روي أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف لا يكلف من العمل ما لا يطيق»[١].

فأخبر أن له طعامه وكسوته ، وإذا ثبت ذلك أنها على سيده ، لأنه لا أحد أولى بها منه .

وروى أبو هريرة أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، عندي دينار . قال : « أنفقه على نفسك » قال : عندي آخر ، قال : « انفقه على ولدك » قال : عندي آخر ، قال : « أنفقه على أهلك » قال : عندي آخر . قال : « أنفقه على خادمك »[٢] . فقد أمره بنفقة خادمه ، فدل على وجوب نفقة المماليك .

مسألة : قال : (ويزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك ، فإن امتنع أجبر وليّه على بيعه إذا طلب المملوك ذلك) ، خلافاً لأبي حنيفة ، ومالك ، وأحد القولين للشافعي : ولا يجبر السيد على تزويج عبده، ولا على بيعه عند الامتناع[٣] .

دليلنا : ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها، أو عبد فلم يزوجه فما من شيء كان على السيد . وعندهم الإثم

---

(١) أخرجه مسلم في الإيمان (١٦٦٢) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

على الفاعل ، فلولا أنه يجب عليه أن ينفعهما ما كان إثمهما عليه .

ولأن مكلف دعا إلى نكاحه لحاجته إليه ، فوجب أن يلزمه إجابته قياساً على المحجور عليه لسفه إذا طلب النكاح لحاجته وجب على وليّه إجابته ، أصله ما ذكرنا .

ولأنه مما يحتاج العبد إليه غالباً فيلزم السيد ، دليله : النفقة . يبين صحة هذا: أنه يباح للحر نكاح الإماء عند الحاجة ، ولا يباح عند عدمها ، فعلم أن الحاجة قد تدعو إلى النكاح وتؤثر فيه .

مسألة : قال : (وإذا رهن العبد أنفق عليه سيده) .

وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»[1] فأوجب الغرم عليه ، والنفقة من الغرم .

ولأنه ملك له فكان عليه نفقته ، دليله : لو أجره فإن النفقة عليه وإن كان تحت يد المرتهن .

مسألة : قال : (وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عند ربه) وذلك لأنه يضر ولدها، فهو كالكبير إذا أراد أن ينقصه بعض قوته لم يكن له ذلك ، كذلك الصغير، بل إن كان فيها فضل عند ربه جاز ، لأنه لا ضرر على ولدها .

مسألة : قال : (وليس على السيد نفقة مكاتبه إلا أن يعجز) وذلك لأن الكتابة عقد يمنع من رد أرش الجناية إلى السيد فأسقط نفقته، دليله: لو باعه ،

---

(١) رواه الحاكم (٢/ ٥٨، ٥٩، ٦٠)، وابن حبان (٥٩٣٤)، والدارقطني (٣/ ٣٢)، والبيهقي (٦/ ٣٩، ٤٠) . وانظر التلخيص الحبير (٣/ ٣٦) .

يبين صحة هذا : أن السيد لا يملك استخدامه ولا إجارته ولا التصرف في إكسابه، كما لا يملك ذلك الأجنبي .

مسألة : قال : (وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه) ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يلزم السيد ذلك إذا لم يكن قد أذن له في النفقة .

دليلنا : أن من أصلنا أنه يستحق الجعل في رد الآبق وإن لم يشترط ذلك ، فأولى أن يرجع بالنفقة ؛ لأن النفقة يقوم بها بدن العبد ويحيى بها نفسه ، ورده إلى سيده لا يوجد فيه هذا المعنى ، وقد حكمنا له به، فأولى أن يحكم بالنفقة ، وقد دل على ذلك ما روى ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار قالا : جعل النبي ﷺ في جعل الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً [١] .

وروى أبو عمر الشيباني أن رجلاً أصاب آبقاً بعين التمر [٢] فجاء به ، فجعل ابن مسعود فيه أربعين درهماً [٣] .

وفي لفظ آخر قال : جعالة الآبق أربعون درهماً إذا جيء به خارجاً من المصر [٤] .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٩٣٨، ٢١٩٤٩) . انظر : نصب الراية (٣/ ٤٧١) .

(٢) عين التمر : بلدة قريبة من الأنبار غربي الكوفة بقربها موضع يقال له شفاثا – منها يجلب القصب والتمر إلى سائر البلاد ، وهو بها كثير جداً ، وهي على طرف البرية وهي قديمة، افتتحها المسلمون في أيام أبي بكر رضي الله عنه على يد خالد بن الوليد سنة ١٢ للهجرة . انظر : معجم البلدان ٤/ ١٧٦ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٣٧١)، والبيهقي في سننه. انظر: نصب الراية (٣/ ٤٧١) .

(٤) رواه عبدالرزاق (١٤٩٠٨)، وابن أبي شيبة (٢٢٣٧٩) عن شريح .

وعن أبي إسحاق قال: أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهماً[١].

وعن عمر[٢] وعلي رضي الله عنهما أنهما قالا: دينارا أو اثني عشر درهماً إذا أخذ خارجا من المصر[٣]. فقد اتفقت الصحابة رضي الله عنهم على جعل الآبق، وإنما اختلفوا في مقداره.

فعن عمر وعلي: دينارا واثني عشر درهماً، وعن ابن مسعود أربعين[٤]، وعن عمار[٥] إن أخذه في المصر فله عشر دراهم، وإن أخذه خارج المصر فله أربعون.

* * *

(١) أخرجه ابن أبي شيبة. انظر: نصب الراية للزيلعي (٣/ ٤٧١، ٤٧٢).

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٢٣٧٢).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٣٧٣) وفيه ديناراً أو اثني عشر درهماً. انظر: نصب الراية (٣/٤١٧).

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٢٢٣٧١)، وعبدالرزاق (١٤٩١١).

(٥) لم أقف عليه بعد بحث وجهد. وهو بنصه عند أبي شيبة (٢٢٣٧٩) عن شريح.

كتاب الجنايات

وسماه الخرقي : كتاب الجراح

الجنايات : عبارة عن كل فعل وقع على وجه التعدي في النفس أو في المال، إلا أن عبارة الفقهاء وغيرهم هي عبارة عن الجناية على الأبدان ، ولهذا سموا الجنايات على الأموال غصباً – ويقال له : كتاب الغصب – كما يكون على الأبدان جناية ، وسمى هذا كتاب الجنايات .

والأصل في تحريم القتل قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الأنعام: ١٥١] يعني إلا بالقود ، وقال تعالى: ﴿بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾ [التكوير : ٨] والمؤودة : المقتولة . كان بعض العرب يقتل الإناث من ولده صغاراً خوف العيلة عليهم والعيار بهن . وقيل : كانت العرب إذا حضر الطلق بالمرأة حفروا حفيرة ، فإن ولد ابناً أخذوه ، وإن ولدت ابنة دفنوها فيها .

وقال تعالى : ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ [النساء : ٩٣] وهذا من أبلغ ما يكون في المنع عن الشيء الوعيد بالنار والغضب واللعن .

وأيضاً روي عن ابن مسعود قال : سألت رسول الله ﷺ : أي الكبائر أكبر؟ قال : « أن تجعل لله نداً وهو خلقك » قلت : ثم أي شيء ؟ قال : « أن تقتل ولدك من أجل أن يأكل معك»[١] .

---

(١) أخرجه البخاري في التفسير (٤٢٠٧) ، ومسلم في الإيمان (٨٦) .

وروى عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « زوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل مؤمن »[١] .

وروى عبدالله أنه قال : « من أعان على قتل امرئ مسلم بشطر كلمة لقي الله عز وجل مكتوب بين عينيه : آيس من رحمة الله»[٢] . فهذا في تحريم القتل .

وأما الدليل على ثبوت القصاص قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ ﴾ [المائدة : ٤٥] .

وقال : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ﴾ [البقرة : ١٧٨] .

فبين أنه فرض القصاص ، وبين من يقتل (بالمقتول)[٣] فقال تعالى : ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴾ [الإسراء : ٣٣] يعني: لا يقتل غير القاتل .

وقال تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾ [البقرة : ١٧٩] يقال : هذه أخصر كلمة وأعم فائدة ، فإن معناه: إذا علم القاتل أنه إذا قتل كف

---

(١) أخرجه الترمذي في الديات (١٣٩٥) ، والنسائي في تحريم الدم (٣٩٨٧) عن عبدالله بن عمرو . قال الألباني : صحيح ، والنسائي (٧/ ٨٢) ، والبيهقي في سننه (٨/ ٧٣) ، وابن ماجه في الديات (٢٦١٩) عن البراء . قال الألباني: صحيح .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الديات عن أبي هريرة (٢/ ٨٧٤) ، والبيهقي في سننه (٨/ ٧٢) ، وذكر السيوطي في الجامع الصغير أنه ضعيف (٢/ ١٦٥)، وفي تلخيص الحبير أن في إسناده يزيد ابن زياد وهو ضعيف (٤/ ١٤٢) . وقال الألباني: ضعيف جداً .

(٣) في (س) : بالقاتل .

عن القتل فلم يقتل، فصار حياة للجميع .

ويقال : أخصر كلمة قالت العرب وأعمها فائدة : القتل أنفى للقتل ، يعني أن قتل القاتل أبقى للقتيل .

وقال تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [المائدة : ٤٥] .

وروي عن عثمان بن عفان قال : قال النبي ﷺ : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنى بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس »[١] .

وروى أبو شريح الكعبي قال : قال رسول الله ﷺ : « أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعد قتيلاً فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية »[٢] .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (والقتل على ثلاثة أوجه : عمد، وشبه العمد، وخطأ . فالعمد: ما ضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط، أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله ، أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة ، أو فعل به الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف، ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء، وكان المقتول حراً مسلماً) .

أما صفة القتل العمد الذي يوجب القود فعلى ما ذكره : وهو أن يكون بكل آلة يقتل بها غالباً ، سواء كان مما له حد يجرح ويبضع اللحم كالسيف والسكين والخنجر، وما في معناه مما يجرح كالرصاص والنحاس والفضة والذهب

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أخرجه أبو داود في الديات (٤٥٠٤)، والترمذي في الديات (١٤٠٦). قال الألباني: صحيح.

والخشب والقصب ونحوه، أو كان مثلاً يقصد به القتل غالباً كاللّت[١] والدبوس والخشبة الثقيلة فوق عمود فسطاط، لأن امرأتين ضربت إحداهما الأخرى بعمود الفسطاط فقضى فيها رسول الله ﷺ بالدية ولم يوجب قوداً[٢]. فدل على أن مثل ذلك لا يكون عمداً، وهذا عندي محمول على الأعمدة التي كانت يتخذها العرب كان فيها دقة ورشاقة، فأما هذه الأعمدة التي يتخذها الديلم[٣] والأتراك لخيامهم فإنها تقتل غالباً، فالقود يجب بمثلها.

وإذا ثبت أن هذه صفته فإنه يوجب القود؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥].

وقال تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا﴾ [النساء: ٩٣]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، وقال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وقال النبي ﷺ في حديث عثمان: «لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث: قتل نفس بغير نفس»[٤].

وفي حديث أبي شريح: «ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل، ومن قتل

---

(١) هو الدق. انظر: تاج العروس (١/ ٥٨٠).

(٢) أخرجه مسلم في القسامة (١٦٨٢).

(٣) هم جيل معروف وهم أصحاب الشور الأعاجم من بلاد المشرق. انظر: تاج العروس (٨/ ٢٩٣).

(٤) سبق تخريجه.

له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية »[١] .

وقوله : « أو بحجر كبير أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة » حتى مات فإن القود يجب بذلك، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يجب القود بالمثقل.

دليلنا : قوله ﷺ : « العمد قود إلا أن يعفو أولياء المقتول »[٢] والعمد : ما تعمده فاعله وقصده .

وروى أنس أن يهودياً رضخ رأس أنصارية فأدركت (و)[٣] بها رمق، فقيل لها فلان قتلك ؟ فقالت : لا ، فقيل لها : فلان ؟ قالت : لا ، إلى أن ذكر اليهودي فأشارت – أي نعم – ، فأخذ اليهودي فسئل فاعترف ، « فأمر النبي ﷺ (برضخ)[٤] رأسه بين حجرين»[٥] .

فنقل في الخبر حكم وسبب ، فالحكم : هو أن النبي ﷺ قتله على الصفة المنقولة، والسبب: هو رضخ رأس الجارية، فالظاهر تعلق الحكم بالسبب .

ولأنها آلة يقصد بها القتل غالباً ، فجاز أن يجب القود بالقتل بها كالمحدد ، يؤكد هذا أن القصاص إنما وجب للردع والزجر ، فلو أسقطنا القتل بالمثقل أدى إلى هدم الدم ، لأن كل أحد يمكنه أن يعدل عن القتل بالمحدد إلى القتل بالمثقل حتى لا يجب القود .

وقوله : « إذا اتفق عليه جميع الأولياء » معناه إن عفا بعضهم وطالب

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٨٣٤١) ، والدارقطني(٣/ ٩٤ (٤٥) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من المحقق .

(٤) في (س) : رضخ .

(٥) أخرجه البخاري البخاري في الطلاق (٤٩٨٩) ، ومسلم في القسامة (١٦٧٢) .

بعضهم بالقصاص سقط القصاص ، وهذه مسألة يأتي الكلام عليها في موضع آخر .

وقوله : « وكان المقتول حراً مسلماً » معناها أنه إذا كان عبداً أو كافراً، وكان القاتل مسلماً فلا قود له .

مسألة : قال : (وشبه العمد ما ضربه بخشبة صغيرة ، أو حجر صغير ، أو لكزه ، أو فعل به فعلاً الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل، فلا قود عليه في هذا، والدية على العاقلة) خلافاً لمالك في قوله : قتل شبه العمد محال ، فلا نثبته ونوجب فيه القود كما نوجب في العمد المحض ، وهو الذي تقدم ذكرها ، وخلافاً لابن شبرمة في قوله : الدية في شبه العمد تجب في مال القاتل ، وهو قول أبي بكر بن جعفر من أصحابنا .

فالدلالة على مالك : ما روى النبي ﷺ أنه قال : « ألا إن في قتيل عمد الخطأ بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها»[١].

وروي عن عمر[٢] وعثمان[٣] وابن مسعود[٤] وزيد بن ثابت[٥] رضي الله عنهم أنهم أثبتوا هذا القتل ، ولكن اختلفوا في الدية الواجبة به .

ولأن هذا القتل أخذ شبهاً من العمد من قبل أن القاتل عمد في فعله ، وأخذ

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٧٩٩)، وابن ماجه في الديات (٢٦٢٨). قال الألباني: حسن.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٢٩٤) .

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٢٩٦) .

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٢٩٢، ٢٧٢٩٣) .

(٥) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٢٩٦، ٢٧٢٩٨) .

شبهاً من الخطأ من قبل أنه مخطئ في قصده، فجعل له منزلة بينهما .

والدلالة على ابن شبرمة : ما روى المغيرة بن شعبة أن امرأتين اقتتلتا وضربت إحداهما الأخرى بعمود الفسطاط فقتلها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المقتولة على عصبة القاتلة [1] .

ولأنه نوع قتل لا يجب به قود بحال ، فوجب أن تجب فيه الدية على العاقلة كالخطأ المحض .

مسألة : قال : (والخطأ على ضربين : أحدهما : أن يرمي الصيد ، أو يفعل ما يجوز له فعله فيؤول إلى إتلاف حر مسلماً كان أو كافراً، فتكون الدية على العاقلة ، وعليه عتق رقبة مؤمنة .

والوجه الآخر : أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر ويكون قد أسلم وكتمه إلى أن يقدر على التخلص إلى بلاد الإسلام ، فلا دية على قاتله ، وعليه عتق رقبة مؤمنة) .

أما الضرب الأول من الخطأ : وهو أن يكون خطأ في الفعل والقصد، وصفته ما ذكرنا فلا قود، والدية على العاقلة، والكفارة في ماله، وذلك لقوله تعالى : ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء : ٩٢] فأخبر أن الواجب فيه الدية والكفارة . فالظاهر أن هذا الواجب فيه ولو كان فيه القصاص لذكره .

وأيضاً فإن النبي ﷺ أسقط القود في قتل شبه العمد الذي هو عمد في

---

(١) أخرجه مسلم في القسامة (١٦٨٢) .

الفعل وخطأ في القصد، فأولى أن يسقط القود في (قتل)[1] المخطئ في الفعل والقصد جميعاً، والكلام على حكم الدية والكفارة يأتي في موضعه.

وأما الضرب الثاني من الخطأ: وهو العامد في الفعل المخطئ في القصد مثل أن يقتل رجلاً في بلاد الروم يظنه كافراً فقد عمد إلى قتله وأخطأ في قصده، فهذا لا قود فيه؛ لأنه مخطئ في قصده، فأشبه عمد الخطأ الذي قد تقدم ذكره، وعليه عتق رقبة بلا دية، خلافاً لمالك، وإحدى الروايتين عن أحمد: أن فيه دية و كفارة.

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن أسلم وأقام في دار الحرب فقتل ففيه الكفارة، وإن أسلم ودخل إلينا ثم عاد إلى دار الحرب ففيه دية وكفارة.

وجه ما نقله الخرقي: قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

فظاهره يقتضي أن كل مؤمن قتل في دار الحرب فإنما يجب بقتله الكفارة (حسبة)[2].

ولأن الله تعالى بيَّن المسلم يقتل في دار الحرب وبين المسلم يقتل في دار الإسلام، فلو كان الحكم يتفق لما كان يغاير بينهما، فلما غاير بينهما دل على اختلاف الحال بينهما.

ولأنه مقتول عن غير قصد في دار الحرب، فلم يكن مضموناً بالدية، دليله: لو قتل قبل أن يخرج إلى دار الإسلام.

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق.

(٢) في (س): حسبت.

ووجه الرواية الأخرى في إيجاب الدية : قوله تعالى : ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء :٩٢] وهذا عام.

وكذلك قوله ﷺ : « وفي النفس مائة من الإبل »[1] ولم يفرق .

ولأنه مال يجب ضمانه لو كان القتل في دار الإسلام، فوجب ضمانه إذا كان في دار الحرب ، دليله : كفارة القتل .

مسألة : قال : (ولا يقتل مسلم بكافر، ولا حر بعبد) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يقاد الحر بالعبد ، والمسلم بالكافر .

دليلنا : على أن الحر لا يقاد بالعبد : قوله تعالى : ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة : ١٧٨] .

فدليل الخطاب يقتضي أن لا يقتل الحر بغير الحر ، والعبد بغير العبد.

وأيضاً : روي عن ابن عباس أنه قال : « من السنة أن لا يقتل حر بعبد »[2] .

والصحابي إذا أطلق السنة اقتضي ذلك سنة النبي ﷺ .

ولأنهما شخصان لم يجز بينهما القصاص في الأطراف السليمة، فلم يجز بينهما في النفس ، كالأب مع الابن ، والمسلم مع المعاهد .

أو نقول : كلما اعتبر في القصاص في الأطراف أعتبر في القصاص في النفس، كالأب .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٣٣)، والبيهقي (٨/ ٦٣) عن ابن عباس . وليس فيه : «من السنة» . وفي سنده جويبر . قال النسائي : متروك الحديث . انظر : تلخيص الحبير (٤/ ١٦) . أما اللفظ المذكور فورد في الموضعين السابقين ولكن من حديث علي رضي الله عنه .

ولأنه قصاص فلم يستحقه العبد على حر كالقصاص في الأطراف، يؤكد هذا: أن حرمة النفس أعظم من حرمة الأطراف ، فلما لم يجز القصاص بينهما في الأطراف مع ضعف ديتهما فبأن لا يجوز في النفس مع تأكيد حرمتهما أولى .

والدلالة على أن المسلم لا يقاد بالكافر : ما روى عبدالله بن عمر أن النبي ﷺ قال : « لا يقتل مؤمن بكافر »[١] . وفي خبر آخر : « لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده »[٢] .

ولأنه مسلم قتل (كافراً)[٣] فلم يلزمه القود ، دليله : لو كان المقتول مستأمناً فلا قود عليه بقتله عندهم ، وكذلك في الذمي .

ولأنه غير مكافئ له في الدية والحرمة ، ألا ترى أنه لا يحدّ بقذفه، فدل على أنه لا يساويه في الحرمة .

ولأن الذي حقن دمه وماله عن المسلمين الضريبة المأخوذة منه ، فحل منهم محل المكاتب من السيد بأنه قد أحرز نفسه وماله عنه بالضريبة التي يدفعها إليه من نجوم الكتابة ، ثم السيد لا يقتل بمكاتبه وإن كان محظوراً عليه قتله، كذلك المسلم مع الكافر .

مسألة : قال : (وإذا قتل الكافر عبداً فعليه قيمته ، ويقتل لنقضه العهد) .

إنما كان عليه قيمته ؛ لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالدية ، وهذه المسألة

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٢٨٨٢) بلفظ : « لا يقتل مسلم بكافر » .

(٢) أخرجه أبوداود في الديات (٤٥٣٠)، والنسائي في القسامة (٤٧٣٤). قال الألباني: صحيح.

(٣) في (س) : بكافر .

يأتي الكلام عليها، ولم يقتل به قصاصاً ، لأن الحر لا يقاد بالعبد كما ذكرنا ، ولكن يقتل لنقضه العهد ، لأنه بهذا الفعل ينقض عهده ؛ لما روي أن نصرانياً استكره امرأة، فرفع إلى أبي عبيدة بن الجراح فقال : ما على هذا صالحناكم ، ثم ضرب عنقه[١] . فإذا نقض عهده بالزنا فأولى أن ينقضه بالقتل .

وروي في شروط عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى عبدالرحمن بن غنم : أن الحق بالشروط من ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده[٢] .

ولأنه فعل ينافي الأمان ، وفيه ضرر على المسلمين، فكان ناقضاً للعهد ، دليله : الاجتماع على قتال المسلمين ، والامتناع من أداء الجزية .

مسألة : قال : (والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد) وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، والنائم حتى يستيقظ »[٣] .

فأخبر أن القلم مرفوع عن هؤلاء ، فهو عموم في سائر الأشياء .

ولأنه ليس لهما قصد صحيح فهما كالخاطئ .

مسألة : قال : (ولا يقتل والد بولده وإن سفل) خلافاً لمالك في قوله : إذا قتله حذفاً بالسيف لم يقتل ، وإن أضجعه وذبحه قتل .

دليلنا : ما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « لا يقتل

---

(١) لم أقف عليه .

(٢) رواه ابن زبر الربعي في جزء في شروط النصارى (١٣) . وذكره ابن قدامة في المغني (٧/ ٦٦٣) . وأورده ابن عساكر في تاريخ دمشق (٢/ ١٢١) ولكن ضمن كتاب أبي عبيدة بن الجراح إلى نصارى الشام .

(٣) سبق تخريجه .

والد بولده »(١) .

ولأن كل من لو قتله حذفاً لم يقتل به ، فإذا قتل ذبحاً لم يقتل به ، كالمسلم مع الكافر ، والحر مع العبد .

ولأن سقوط القود عنه إذا قتله ذبحاً لا يخلو إما أن يكون شبهة في الفعل أو في الفاعل ، وباطل أن يكون شبهة في الفعل ، لأنه لو كان كذلك لوجب إذا وجد ذلك الفعل من غير الأب أن لا يجب به قصاص مثل الخطأ وشبه العمد، فلما وجب به القصاص علم أن الشبه في الفاعل دون الفعل ، فوجب سقوط القصاص عنه بكل وجه ، وإذا ثبت هذا في الأب الأدنى فالجد وإن علا في ذلك كالأب ، لأن له إيلاد ، فأشبه الأب الأدنى .

مسألة : قال (والأم في هذا والأب سواء) لأن لها إيلاداً، فأشبهت الأب .

مسألة : قال : (ويقتل الولد بكل واحد منهما) خلافاً لإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله أنه لا يقاد بأبيه .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى شيخنا أبوعبدالله بإسناده عن سراقة بن مالك عن النبي ﷺ « أنه كان لا يقيد الأب من ابنه ، ويقيد الابن من أبيه »(٢) . وهذا نص.

---

(١) أخرجه الترمذي بمعناه في الديات (١٤٠٠) ، وابن ماجه في الديات (٢٦٦٢) ، وجاء في التخليص الحبير ما نصه (٤/ ١٧): « قال البيهقي : طرق هذا الحديث منقطعة ، وأكده الشافعي بأن عدداً من أهل العلم يقولون به » . قال الألباني: صحيح.

(٢) أخرجه الترمذي في الديات (١٣٩٩) عن سراقة بن مالك . وقال : هذا حديث لا نعرفه من حديث سراقة إلا من هذا الوجه وليس إسناده بصحيح . وانظر: تلخيص الحبير (٤/ ١١٦) . وقال الألباني : ضعيف .

ولأن القصاص إنما يراد للزجر والردع وكف القاتل عن القتل ، وهذا لا يحتاج فيه مع الابن ، ويفارق هذا الأب ؛ لأنه لا يحدّ بقذفه ، ولأن ما معه من الشفقة والحنو يردعه ويزجره عن قتل ابنه ، فلا معنى لكفه بالقتل وقد كفه الله تعالى ، والابن بخلاف ذلك ، فإنه يحد بقذفه لأبيه ، وليس معه من الحنو والشفقة مثل ما مع الأب ، فلهذا أوجبنا القصاص .

ووجه الثانية : ما روى سراقة بن مالك أن النبي ﷺ قال : « لا يقاد الأب من ابنه ، ولا الابن من أبيه »[1] .

ولأنه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب، فلا يقتل به ، دليله : الأب مع ابنه لما لم تقبل شهادته له لأجل النسب فلم يقتل به ، ولا يلزم عليه رد الشهادة بالفسق والعداوة ، ولأنا احترزنا عن ذلك .

مسألة : قال : (وتقتل الجماعة بالواحد) ، خلافاً لداود في قوله : لا يقتل إلا واحداً منهم . وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ ومعنى ذلك أن القاتل إذا علم أنه إذا قَتل قُتل لم يقتل فتبقى الحياة ، فلو كانت الشركة تسقط القصاص بطل حفظ الدماء بالقصاص ، لأن أحداً لا يشارك أن يقتل غيره إلا ويشارك غيره في قتله ، فلا يجب القصاص ، فإذا أفضى ذلك إلى هذا سقط في نفسه .

ولأنه إجماع الصحابة : روي عن عمر وعلي والمغيرة وابن عباس .

فأما عمر : فروى سعيد بن المسيب أن عمر قتل سبعة بحائك وقال : « لو

---

(١) سبق تخريجه .

تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً»[١].

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا واحداً[٢].

وعن المغيرة أنه قتل سبعة بواحد[٣].

وعن ابن عباس: أنه قتل جماعة بواحد[٤].

ولأنها عقوبة على البدن تجب للواحد على الواحد، فجاز أن تجب على الجماعة للواحد، دليله: حد القذف، فإن جماعة متى قذفوا واحداً كان له أن يحدّ كل واحد منهم حداً كاملاً، يبين صحة هذا: أن حدّ القذف يجب بهتك حرمة العرض، والقود يهتك حرمة النفس أولى، ثم ثبت أن حد القذف يجب على الجماعة إذا اشتركوا.

ووجه الثانية: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] والقصاص في اللغة المماثلة، وقتل الجماعة بالواحد غير متماثل، وكذلك قوله تعالى: ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥].

وروى جويبر عن الضحاك عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقاد اثنان بواحد»[٥].

ولأن جماعة لو قتلوا رجلاً خطأ أوجب على جماعتهم دية كاملة بينهم

---

(١) أخرجه البخاري في الديات معلقاً عن ابن عمر بلفظ: (قال: إن غلاماً قتل غيلة فقال عمر: لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم. (٧/ ٤٢).

(٢) روى هذا المعنى عبدالرزاق (١٨٠٧٧، ١٨٧٨)، والبيهقي (٨/ ٤١).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٨٢٧٢).

(٤) رواه عبدالرزاق (١٨٠٨٢).

(٥) لم أجده بعد بحث.

بالحصص ، كذلك يجب أن لا يلزم الجماعة قصاص كامل في حق كل واحد منهم .

مسألة : قال : (وإذا قطعوا يداً قطعت نظيرتها من كل واحد منهم) ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا تؤخذ أطراف الجماعة بطرف الواحد .

دليلنا : ما روي أن شاهدان شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ، ثم جاء آخر وقالا : هذا السارق ، وأخطأنا في الأول ، فرد شهادتهما على الثاني ، وغرمهما دية يد ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما »[1] . فخبر القصاص كان يجب عليهم لو تعمدا قطع اليد .

ولأن كل جناية لو انفرد بها الواحد لزمه القصص ، فإذا اشترك الجماعة فيها جاز أن يجب عليهم القصاص كالنفس .

وكل معنى لم يؤثر في قصاص النفس لم يؤثر في قصاص الأطراف ، كالسن، وعكسه عدم القصد ، والرق ، والكفر ، يؤكد هذا: أن القصاص إنما وجب على الجماعة بقتل الواحد لئلا يصير (قتل الجماعة للواحد) ذريعة لإسقاط القصاص[2] ؛ لأن كل من شاء أن يقتل غيره ويسقط عنه القود في قتله شارك غيره فيه ، فلو أسقطنا القصاص في الأطراف حال الاشتراك أدى إلى مثل ذلك وأن يصير إلى قطع الأطراف ذريعة، ولا سبيل إلى ذلك .

مسألة : قال : (وإذا قتل الأب وغيره عمداً قتل من سوى الأب) خلافاً لأبي

---

(١) أخرجه البخاري في الديات تعليقاً في باب إذا أصاب قوم من رجل ، والدارقطني بنحوه (٣/ ١٨٢) ، والبيهقي (٣/ ١٨٢) ، وعبدالرزاق (١٨٤٦١) .

(٢) في (س) : إلى القتل .

حنيفة في قوله : لا يقتل من سوى الأب .

دليلنا : قوله ﷺ : « فمن قتل بعد قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية »[1] ولم يفصل .

ولأنها روح خرجت من عمد مضمون، فلزمه القود إذا كافأ دمه دم المقتول، كالعامدين إذا اشتركا في القتل .

ولأنه شارك من زال عنه القود لا لمعنى في فعله ، فوجب أن يلزمه القود ، كما لو قتل رجلان يلزمهما القود ، ثم عفا عن أحدهما ، فإن الذي لم يعف عنه لم يسقط القود عنه ، ولا يلزم عليه إذا شارك العامد المخطئ أن القصاص يسقط عن العامد ؛ لأنه شارك من زال عنه القود لمعنى في فعله ، وهاهنا شارك من زال عنه القود لمعنى في نفسه، وهو فضيلة الأبوة ، وذلك معنى ينتفي عن شريكه ، فهو بمنزلة العفو عن أحد الجانيين .

مسألة : قال : (وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ، لم يقتل واحد منهم ، وعلى العاقلة ثلث الدية في ماله ، وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية ، وعتق رقبتين في أموالهما ؛ لأن عمدهما خطأ) خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : يقتل البالغ . بناءه على أن عمد الصبي والمجنون عمد .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق »[2] . ورفع القلم يقتضي رفع المأثم ، فلو كان عمده

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

عمداً لم يكن القلم عنه مرفوعاً .

ولأن الصبي لا يتعلق بفعله قصاص بحال ، فوجب أن يكون عمده في حكم الخطأ ؛ لأن الصبي يقول ويفعل ، ثم ثبت أن قوله مسلوب القصد، فلا حكم له في عقد ولا إقرار ولا غيره عندكم ، فوجب أن لا يكون لفعله قصد، وأن يكون مسلوب القصد .

ويدل على أن لا قود على البالغ : أنه شارك من زال عنه القود لمعنى في نفسه، فلا يلزمه القود ، دليله : الخاطئ إذا شارك عامداً .

ولا يلزم عليه مشاركة الأب ، لأنه زال عنه القود لمعنى في نفسه .

وإذا ثبت أنه لا قصاص على واحد منهم فإن الدية تتقسط أثلاثاً ، ولا يلزم كل واحد منهم دية كاملة .

والدلالة على أن الدية تجب على طريق البدل عن المتلف : ألا تراها تختلف باختلاف المتلف؟ ففي الجنين غرة ، وفي الحر الذكر مائة من الإبل ، وفي المرأة نصف ذلك ، وفي الذمي نصف دية المسلم .

وما وجب على طريق البدل لم يجب على كل واحد من المتلفين دية بكمالها ، كإتلاف العبيد، والأموال، وجزاء الصيد، ويفارق هذا الكفارة في قتل الذمي ، لأنها لا تجب على طريق البدل عنه ، ألا ترى أنها تختلف باختلاف حاله ، فلذلك وجبت على كل واحد من القاتلين بكمالها ، وإذا ثبت أنها كذلك فلزم البالغ ثلثها في ماله ، لأنه قتله عمداً بثلثها في ماله ، والعامد تلزمه جنايته في ماله، وهذا أصل يأتي الكلام عليه .

وثلثا الدية على عواقل الصبي والمجنون ؛ لأن عمدهما خطأ ، والعاقلة

تحمل الخطأ ، وهذا أصل يأتي الكلام عليه .

وأما الكفارة فقد نقل الخرقي أنها في أموالهما – يعني الصبي والمجنون – عتق رقبتين ، ولم يذكر حكم الكفارة في حق البالغ ؛ لأن قتله عمد ، وظاهر المذهب أنه تجب الكفارة في قتل العمد، وهذا أيضاً أصل يأتي الكلام عليه .

والدلالة على وجوبهما في مال الصبي والمجنون خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا تلزمه الكفارة : قوله تعالى : ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء : ٩٢] .

ولفظة « من » تشمل كل[1] قاتل يلزم عاقلته ما وجب بقتله كان أهلاً بوجوب الكفارة عليه ، دليله : البالغ .

مسألة : قال : (ويقتل الذكر بالأنثى ، والأنثى بالذكر) خلافاً لما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما في قولهما : « لا يقتل الذكر بالأنثى »[2] . وقال عطاء : وليها بالخيار بين أن يعفو أو يأخذ ديتها ، أو يدفع ستة آلاف درهم إلى الرجل ويقتله[3] ، وحكي عن الحسن البصري نحو هذا »[4] .

والدلالة على أنه يقتل قوله تعالى : ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة : ٤٥] ، وقوله ﷺ : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا

---

(١) في (س) : على كل .

(٢) روى ابن أبي شيبة عنهما (٢٨٠٥٢) قالا : إذا قتل الرجل المرأة متعمداً فهو بها قود .

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٨٥٦) .

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٢٨٠٥٥) .

أخذوا الدية »[١] .

ولأنهما شخصان يحدّ كل واحد منهما بقذف صاحبه ، فجاز قتله به ، كالرجلين والمرأتين .

مسألة : قال : (ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يجوز القصاص في الأطراف إلا بين متماثلي الدية، فأما المرأة فلا يجرى بينهما وبين الرجل قصاص في الأطراف، وكذلك عنده العبيد لا يجرى بينهم قصاص في الأطراف وإن تساوت قيمهم .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولم يفصل.

وكل من جرى بينهم القصاص في النفس جرى بينهم في (الأطراف)[٢] ، كالرجلين والمرأتين ، يؤكد هذا أن النفس أكمل حرمة من الأطراف ، لأن النفس كل الجبلة ، والأطراف بعضها ، و النفس تضمن ببدل وكفارة ، والأطراف تضمن ببدل فحسب ، و دية الأطراف تدخل في دية النفس إذا كان الجرح نفساً ، فلما جرى القصاص بين الرجل والمرأة في الأكمل فبأن يجرى فيه في الأنقص أولى وأحرى .

مسألة : قال : (وإذا قتلاه رجلان أحدهما مخطئ (والآخر)[٣] متعمداً فلا قود على واحد منهما ، وعلى العامد نصف الدية في ماله ، وعلى عاقلة

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (س) : الطرفين .

(٣) في الأصل : الأخرى.

المخطئ نصفها، وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة) .

أما المخطئ فلا إشكال في سقوط القود عنه ، وأما العامد فلا قصاص عليه، خلافاً لمالك في قوله : عليه لاقصاص .

دليلنا : قوله ﷺ : « إلا إن في قتيل العمد الخطأ ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل»(١) فأوجب في قتيل العمد الخطأ الدية، وهذه الصفة فيمن اشتركوا في قتله عامد ومخطئ ، لأنه قتل عمد وخطأ ، فوجب أن يكون فيه الدية .

ولأنها خرجت من عمد وخطأ، فلم يجب فيها القود ، كما لو جرح رجلاً عمداً وجرحه آخر خطأ ومات منهما .

ولأنها روح لم تخرج عن عمد محض، فلم يجب فيها القود كما لو قتله خطأ .

وإذا ثبت سقوط القود فعلى العامد نصف الدية في ماله ، لأن الدية تقسط بينهما وتكون في ماله ، لأن العاقلة لا تحمل العمد ، ولم يذكر الخرقي حكم الكفارة، وهي على ما نحكيه فيما بعد .

وأما المخطئ : فعلى عاقلته نصف الدية ؛ لأن العاقلة تحمل الخطأ ، وعليه في ماله عتق رقبة ، لأن الكفارة تجب بقتل الخطأ في ماله .

مسألة : قال : (ودية العبد قيمته وإن بلغت ديات) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن كانت قيمته أقل من دية الحر ضمن كمالها ، وإن كانت تزيد على ذلك ضمن العبد بأقل من دية الحر بعشرة دراهم ، والأمة بأقل من دية الحر

---

(١) سبق تخريجه .

بعشرة دراهم .

دليلنا : أنه مملوك ضمن بالجناية ، فوجب أن يضمن بكمال قيمته ، كالثياب، ولا يضمن بالجناية واليد ، فوجب أن يضمن بالجناية مثل ما ضمن باليد، كالبهائم ، يبين صحة هذا : أن ضمان العبد ضمان مال، بدليل أنه يضمن باليد كما تضمن الأموال بها ، و لو كان ضمانه ضمان الأحرار لم يضمن .

ولأن ضمان الأنثى يزيد على ضمان الذكر في حال ، وهذه صفة الأموال .

ولأنه قد يضمن بقيمته ما بلغت إذا كانت قيمته دون دية الحر .

ولأن العبد يشبه الأموال في بعض أحكامه وبالأحرار في بعضها ، فهو مشبه بالأموال في أنه يباع ويشترى ويوهب ويوصى به ويورث ولا يرث ، ومشبه بالأحرار في وجوب العبادات عليه، ووجوب القصاص، والكفارة بقتله .

ثم إذا وجدنا ألحق بإحدى الجنبتين في حكم لم يلحق بالجنبة الأخرى في ذلك الحكم ، ألا ترى لما ألحق بالأحرار في وجوب العبادات عليه لم يلحق بالأموال في سقوطها عنه ، وهكذا لما ألحق بالأموال في جواز بيعه وشرائه وإرثه وهبته لم يلحق بالأحرار في هذه الأحكام ، كذلك أيضاً لما ألحق بالأموال في الضمان عند نقصان قيمته عن دية الحر وجب أن لا يلحق بالأحرار في هذا الحكم في صفاته بحال .

* * *

كتاب القــــود

مسألة : قال أبوالقاسم رحمه الله : (ولو خرق بطنه فأخرج حشوته فقطعها وأبانها منه، ثم ضرب عنقه آخر، فالقاتل هو الأول ، ولو شق بطنه، ثم ضرب عنقه آخر، فالثاني هو القاتل، لأن الأول لا يعيش مثله، والثاني قد يعيش مثله).

إنما كان الأول قاتلاً في المسألة الأولى دون الثانية ؛ لأن الأول صيره في حكم المذبوح ، والحياة التي فيه غير مستقرة، بدليل أن حركته لا تزيد على حركة المذبوح، فكان هو القاتل .

ولأنه قد سقط حكم حياته بفعل الأول، بدليل أنه لا تصح توبته، ولا وصيته، ولا إسلامه، ولا كفره، فقد سقطت أحكام حياته بفعل الأول ، وصار كالمذبوح فلم يكن الثاني قاتلاً (وإنما كان الثاني قاتلاً)[1] في المسألة الثانية دون الأولى، لأن فيه حياة مستقرة بعد (ما فعله الأول)[2] فقد قتل من فيه حياة مستقرة ، وكان هذا القاتل، كما لو قتل عليلاً قد أشرف على الموت وفيه حياة مستقرة، بدليل إجماع الصحابة : روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما جرح دخل الطبيب إليه فسقاه لبناً فخرج من الجرح فقال : اعهد إلى الناس ، فعهد وأوصى[3] . وأجمعت الصحابة على تنفيذ عهده ووصاياه ، وإذا كان حكم الحياة قائماً فيه كان القاتل هو الثاني .

---

(١) ما بين القوسين زيادة من المحقق .

(٢) ما بين القوسين زيادة من المحقق .

(٣) رواه أحمد (١/ ٤٢)، وعبدالرزاق (٩٧٧٥) .

مسألة : قال : (وإذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتل ولم تقطع يداه ولا رجلاه في إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى : هو أهل أن يفعل به كما فعل ، فإن عفا الولي فعليه دية واحدة) .

وإن كانت الجراح قد برئت قبل قتله له فعلى المعفو عنه ثلاث ديات، إلا أن يريدوا القود فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين .

أما إذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه، فإن كان بعد الاندمال كان للمولى أن يقتص منه في الأطراف والقتل بعد ذلك رواية واحدة ؛ لأن القتل حصل بعد استقرار الجرح الأول، ألا ترى أن له القصاص من الطرف بعد الاندمال ، فكان لكل واحد منهما حكم نفسه .

وأما إن كان القتل قبل الاندمال فعلى روايتين : أحدهما : أن الولي بالخيار بين أن يقتل وبين أن يقتص في الجرح ثم يقتل .

والثانية : ليس له غير القتل .

فإن قلنا له أن يقتص فوجهه : قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾ ولم يفصل ، ثم قال بعدها : ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة : ٤٥] ولم يفصل .

ولأن موضوع القصاص على المماثلة ، ولهذا سمي قصاصاً بدليل أنه إذا قطع قطعناه ، وإذا قتل قتلناه ، و لا نقطع من قتل، كما لا يقتل من قطع ، وإذا كان موضوعه على المماثلة فالقطع أقرب إلى القطع من القتل .

ولأن الطرف إذا قطع عمداً كان وجوب القصاص فيه مستقراً ، بدليل أنه لو قتله قاتل خطأ بعد قطع الأول لم يقدح في حكم الطرف إذا كان مستقراً ، كما

لو اندمل، ولو اندمل استقر القصاص فيه، كذلك قتله .

وإذا قلنا : لا يقتص منه بل يقتل : فوجهه أن القطع إذا صار نفساً صار داخلاً في حكمه أو تبعاً له، بدليل أن أرش الطرف يدخل في دية النفس في الخطأ، كذلك في القصاص، وتحرير هذا أن القصاص أحد بدلي الطرف فدخل في حكمه جملة النفس، دليله : الدية .

ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل وإتلاف الجملة، وفي قطعه ثم قتله تعذيب يناله، ولا معنى للتعذيب مع إمكان الاستيفاء، كما لو قتله بسيف كال فإنه لا يقتل بمثله لما فيه من التعذيب .

وقوله : « فإن عفا الولي فعليه دية واحدة » يعني إذا عفا عن القصاص قبل الاندمال فإنه يدخل أرش الجراح في بدل أصله، كما لو جرحه وتركه فسرى إلى نفسه فمات، فإن أرش الطرف يدخل في دية النفس، كذلك إذا عاد فقتله.

وقوله : « ولو كانت الجراح قد برئت قبل قتله له فعلى المعفو عنه ثلاث ديات إلا أن يريد القود فيقيد ويأخذ من ماله ديتين » إنما لم يأخذ أرش الأطراف بعد الاندمال في دية النفس ؛ لأن القتل وجد بعد استقرار الجرح، فلهذا كان لكل واحد منهما حكم نفسه، وفي التي قبلها صار قاتلاً قبل استقرار الجرح الأول .

مسألة : قال : (ولو رمى مسلم عبداً أو كافراً بسهم فلم يقع به السهم حتى أعتق أو أسلم فلا قود وعليه دية حر مسلم إذا مات من الرمية) إنما لم يجب القود، خلافاً لأبي حنيفة وأبي بكر من أصحابنا في قولهما: يجب . هو أن الاعتبار بالقصد إلى تناول نفس مكافئة حين الجناية ؛ بدليل أنه لو قطع يد

كافر ثم أسلم القاطع ومات المقطوع كان عليه القصاص ، وهكذا لو قطع عبد يد عبد فأعتق القاطع ثم مات المقطوع كان عليه القصاص اعتباراً بالمماثلة حين الجناية ، و التكافؤ غير موجود حينئذ فلا قصاص .

ووجه قول أبي بكر : أنها رمية محظورة أوجبت دية حر ، فأوجبت القصاص كما لو كان حين الرمية مسلماً حراً ، وإذا سقط القصاص على قول أبي القاسم فعليه دية حر مسلم ؛ لأن الجناية إذا وقعت مضمونة كان الاعتبار بقدرها حال الاستقرار، بدليل أنه لو قطع يدي مسلم ورجليه ففيها ديتان ، وإن سرى إلى نفسه فعليه دية ، ولو قطع إصبعاً ففيها نصف عشر الدية اعتبار بحال الاستقرار ، كذلك هاهنا وجب أن يكون الاعتبار بحال الاستقرار .

مسألة : قال : (وإذا قتل الرجل اثنين واحداً بعد واحد، فاتفق أولياء الجميع على القود لهما ، وإن أراد أولياء الأول القود والثاني الدية ، أقيد للأول وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله، وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية والثاني القود).

أما إن طالب بعضهم القصاص وبعضهم الدية أقيد منه لمن طلب القود وأعطي الباقون الدية من ماله ، لأنه قتل عمد فلا تحمله العاقلة، خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهما : أقيد لهم كلهم ولا يجب لهم شيء آخر سواء اختار جميعهم القود أو اختار بعضهم القود وبعضهم الدية .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من قتل بعده قتيلاً فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية »[1] .

فظاهر الخبر يقتضي أن ولي كل مقتول يستحق أحد هذين ، وعندهما لا

---

(١) سبق تخريجه .

يستحق؛ لأنهما جنايتان لما كانتا على وجه الخطأ لم يتداخلا ، فإذا كانتا على وجه العمد لم تتداخلا كالأطراف ، فإنه لو قطع أيدياً لم تتداخلا بلا خلاف ، بل يقطع للأول وللباقي الدية .

ولأنها جنايات لو كانت على الأطراف لم تتداخل ، فإذا كانت على الأنفس لم تتداخل، كما لو كانت خطأ .

ولأنها حقوق مقصودة للآدميين، فإذا أمكن استيفاؤها لم تتداخل، كالديون.

وأما إذا اتفق أولياء الجميع على القود قيد لهم ولا شيء لهم غيره ، خلافاً للشافعي في قوله : يثبت القصاص في حق الأول، ويملك الثاني المطالبة بالدية .

دليلنا : أن القصاص قد ثبت لولي كل واحد من المقتولين على الانفراد ، بدليل أنه (لو) [1] عفا ولي المقتول الأول وجب القصاص لولي الثاني ، وإذا رضيا جميعاً بالقصاص فقد رضي كل واحد بنصف حقه وإسقاط الباقي ، فيجب أن تسقط، كما قلنا في أشل قطع يداً صحيحة ، فالمجني عليه بالخيار بين أخذ الدية، وهو بدل يده، وبين القصاص من الشلاء، ولا شيء له ، لأنه رضي بدون حقه .

ولأن القصد من القصاص التشفي، وقد حصل لهما معنى التشفي ، فلم يكون لهما غيره ، فإن قبل ولي المقتول الثاني لم يثبت له في الحال استيفاء القصاص ، لأن القصاص ثبت على الترتيب ، فإذا طلب الثاني القصاص

---

(١) ما بين القوسين. زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

ورضي به لم يسقط حقه من الدية ، لأنه رضي باستيفاء ما ليس بحق له ، قيل له: ثبت القصاص لهما من غير ترتيب ؛ لأنه محل لا يتبعض ، فإذا ثبت لشخصين، ثبت لهما من غير ترتيب ، كولاية النكاح ، وإذا تساويا فيها كالأخوين والابنين إذا ثبت لهما لم يكن أحدهما مقدماً على الآخر ، فإن اتفقا على أن يتولى ذلك أحدهما صح وسقط الآخر ، وإن تشاحنا أقرع بينهما ، كذلك إن اتفقا على القصاص صح ذلك في حقهما ، وإن طلب أحدهما القصاص والآخر الدية صح ذلك .

ولأنه لا يمتنع أن يشترك الوليان في دمه في حالة واحدة من غير ترتيب ، كما اشتراك الاثنان في الرقبة الواحدة في الهدي والأضحية ، لأن (لكل) [1] واحد منهما إراقة دم ، فصح الاشتراك فيه .

مسألة : (وإذا جرحه جرحاً يمكن الاقتصاص بلا حيف اقتص منه ، وكذلك إن قطع منه طرفاً من مفصل قطع منه مثل ذلك المفصل إذا كان الجاني ممن يقاد من المجني عليه لو قتله) .

وجملته أن القصاص يجب فيما دون النفس من جرح وقطع عضو.

والدلالة عليه قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ إلى قوله : ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ففصل الأعضاء وعمم في آخر الآية فقال : ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ .

ولأن حرمة النفس أقوى وأوكد من حرمة الأطراف ، بدليل أنه لا كفارة في

---

(١) في (س) : كل .

الأطراف ، وفي النفس الكفارة ، فإذا كانت حرمتها أقوى ثبت أن النفس تؤخذ قصاصاً أولى إذا ثبت القصاص في الجملة .

وأما الأعضاء : فهو كل عضو ينتهي إلى مفصل كاليد والرجل والعين والأنف واللسان والأذن والذكر ؛ لأن لها حداً .

وأما الجراح فهي : الموضحة ، لأنها تنتهي[1] إلى عظم ، وصفتها تأتي ، وما عداها من الجراح كالهاشمة والمنقلة والمأمومة والجائفة وبقية (الجراح)[2] لا قصاص فيها ؛ لأنها لا تنتهي إلى عظم فلا تضبط ، ومنها ما يكسر العظم ويهشمه فلا يضبط أيضاً .

وأما قوله : « إذا جرحه جرحاً يمكن الاقتصاص منه بلا حيف » يعني من غير خوف على المقتص منه ، فأما إن خيف عليه التلف بالقصاص من ذلك الجرح فلا قصاص فيه، وهو مثل المأمومة والجائفة فإن القصاص من هذه يخاف منه التلف .

وقوله : « إن كان الجاني ممن يقاد من المجني عليه لو قتله » معناها أن يكونا حرين مسلمين ، فأما إن كان المجني عليه عبداً أو كافراً والجاني حراً مسلماً فلا قصاص فيه، لأنه لما لم يجب القصاص بينهما في النفس لم يجب بينهما في الأطراف، دليله : الأب مع ابنه ، وعكسه الحران المسلمان لما جرى بينهما في النفس جرى في الأطراف .

مسألة : قال (وليس في المأمومة ، ولا في الجائفة قصاص) وذلك لما روى

---

(١) في (س) : لا تنتهي .

(٢) في (س) : الجوارح .

العباس بن عبدالمطلب عن النبي ﷺ أنه قال: « لا قود في المأمومة، ولا في الجائفة، ولا في المنقلة، وإنما فيهن العقل »[1].

ولأنهما جرحان يكون فيهما التلف غالباً، فلم يجب فيهما القصاص.

مسألة: قال: (وتقطع الأذن بالأذن، والأنف بالأنف، والذكر بالذكر، والأنثيان بالأنثيين، وتقلع العين بالعين، والسن بالسن، وإن كسر بعضهما برد من سن الجاني مثله) وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ ﴾ [المائدة: ٤٥].

ولأن هذه الأعضاء لها حد ينتهي إليه فالقصاص فيها، فلهذا أوجب فيها القصاص، فأما إن كسر بعض السن فإنه يبرد من سن الجاني بقدر ذلك لما روي أن الربيع بنت معوذ بن عفراء كسرت سن جارية فقال النبي ﷺ: « تكسر سنها » فقال أنس بن النضر: تكسر سن الربيع ؟ لا والله. فقال النبي ﷺ: «كتاب الله عز وجل القصاص »[2].

ولأن بكسر بعض السن يؤمن على نفسها التلف، ويفارق هذا غيره من العظام، لأنه لا يؤمن فيها تلف جميع ذلك العظم بكسره.

ولأن كل حق لم ينافه الصغر عند انفراد الصغير لم ينافه عند مزاحمة الكبير

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الديات (٢٦٣٧) عن العباس بن عبدالمطلب بهذا اللفظ ولم يخرج لفظ « وإنما فيهن العقل » (٢/ ٨٨٠)، وقد حسنه السيوطي في الجامع الصغير (٢/ ٢٠٣). وقال الألباني: حسن.

(٢) أخرجه البخاري في الصلح (٢٥٥٦)، ومسلم في القسامة (١٦٧٥).

إياه ، (كحق)[١] المال والميراث والوصية ، وعكسه ولاية المال .

مسألة : قال : (ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن إلى القصاص سبيل وإن كان العافي زوجاً أو زوجة) وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية »[٢] .

وروي في حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « أهل القتيل أن ينحجزوا الأول فالأول وإن كان امرأة »[٣] يعني يعفوا عن القتيل .

ولأنه إجماع الصحابة : روي أن رجلاً قتل رجلاً وطلب أولياؤه القود فقالت امرأة القاتل : وهي أخت المقتول: عفوت عن حقي من القود ، فقال عمر رضي الله عنه : الله أكبر عتق الرجل[٤] .

ولأنه إذا عفا أحدهم سقط حقه من القود ، و إذا سقط حقه سقط حق أخيه، لأن القود لا يتبعض ، وذلك أن الأخ إذا أراد أن يستو في حقه لم يمكنه إلا بالقتل ، فلا يمكنه استيفاء حقه منه ، فسقط القود .

وقوله : « وإن كان العافي زوجاً أو زوجة » خلافاً لمالك في أحد الروايات عنه : لا يرث القصاص إلا العصبات .

دليلنا : ما تقدم من حديث عائشة وقول النبي ﷺ لأهل القتيل : « ينحجزوا

---

(١) في (س) : فحق .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) أخرجه أبوداود في الديات (٤٥٣٨) ، والنسائي في القسامة (٤٧٨٨) عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً. قال الألباني : ضعيف .

(٤) رواه عبدالرزاق (١٨١٨٨) وبسياق آخر (١٨١٩٠) .

وإن كان امرأة »[١].

وحديث عمر في امرأة القاتل : عفوت . فقال عمر : عتق الرجل[٢] .

وكل من يرث الدية ورث القود كالرجل .

ولأنه بدل عن النفس ، فوجب أن يرثه الرجال والنساء والزوج والزوجة، كالدية .

مسألة : قال : (وإذا اشترك الجماعة في القتل، فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك ، وإن أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك) .

أما قتلهم للجميع فلهم ذلك، وقد تقدم الكلام عليه ، وإن أحبوا قتل البعض والعفو وأخذ الدية كان لهم ذلك ، لأنه ترك لحقهم وأخذ الدية عن القود ، لأن للولي أن يعفو عن القود إلى الدية من غير اعتبار رضى الجاني ، خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهما : ليس له ذلك إلا أن يرضى الجاني .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة : ١٧٨] يعني من عفي له من أخيه المقتول قود فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، فعلق الاتباع والأداء بمجرد العفو ، فلم يعتبر رضى الولي في ذلك ، ويدل عليه قوله ﷺ : « فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية »[٣] . فخير الأولياء بين شيئين ، فاقتضى أن لهم أن يختاروا أيها شاؤوا من

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

غير تعلق ذلك بغيرهم .

ولأن كل من سقط حقه من القصاص من غير إبراء جاز أن يسقط إلى مال، أصله : إذا عفا بعضهم فإن حق كل واحد من الباقين يسقط عن القصاص من غير إبراء ، فثبت له المال على القاتل بغير تراض .

مسألة : قال : (وإذا قبل من الأولياء أن لا يقيدوا به، فبذل القاتل أكثر من الدية على أن لا يقاد فللأولياء قبول ذلك) لأنا إذا قلنا أن الواجب بقتل العمد هو القود فقط فالمأخوذ عوض عنه، فجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات ، ويفارق دية الخطأ ، لأنها عوض عن النفس ، وبدل النفس مقدر .

وإن قلنا : القتل العمد أوجب أحد شيئين : القود أو الدية . فإن القاتل إذا بذل الدية لم يلزم (أولياء)[1] المقتول قبولها وكان لهم القود ، فإن قبلوها فهي أيضاً عوض عما ملكوه عليه من القود، فلهذا لم تتقدر .

مسألة : قال : (قتله رجل وأمسكه آخر، قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت) ، خلافاً لمالك ، وإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله : يقتل الممساك أيضاً .

دليلنا : وجه ما نقله الخرقي : ما روى إسماعيل بن بن أمية قال : «قضى رسول الله ﷺ في رجل أمسك رجلاً وقتله آخر أن يقتل القاتل ويحبس الماسك»[2]، وفي خبر آخر : « يقتل القاتل، ويصبر الصابر »[3] .

---

(١) في (س) : الأولياء .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٣٧٢) ، (٢٩٧٠٤) ، والدارقطني (٣/ ١٤٠) ، والبيهقي (٨/ ٥٠) .

(٣) أخرجه عبدالرزاق (١٧٨٩٢ ، ١٧٨٩٥، ١٨٠٩٢)، والدارقطني (٣/ ١٤٠)، والبيهقي (٨/ ٥١)، وقال في تلخيص الحبير (٤/ ١٥) صححه ابن القطان.

قال أبوعبيدة : ومعناه : ويحبس الحابس ؛ لأن المصبور المحبوس .

فثبت أنه لا قود وأن المباشرة إذا انضمت إلى سبب غير ملجئ تعلق الضمان بها دون السبب ، كالحافر والرافع والناصب السكين والواقع عليها ؛ لأنه لو حفر بئراً فوقع فيها إنسان كان الضمان على الحافر ، ولو دفعه غيره فيها كان الضمان على الدافع دون الحافر، كذلك هاهنا .

فعلى هذه الرواية يحبس حتى يموت، لما تقدم .

وقوله : « يقتل القاتل ويصبر الصابر » لأنه أمسكه أبداً حتى قتله ، فيجب أن يحبسه أبداً حتى يموت .

ووجه الرواية الثانية : في أنه يقتل الماسك : هو أن الماسك والذابح تعاونا على قتله، فلزمهما القود، كما لو جرحاه فمات .

ولأن المحرم لو أمسك صيداً فقتله آخر لزمه الضمان ، كذلك من أمسك آدمياً حتى قتله وجب أن يلزمه الضمان .

ولأنهما لو شهدا بالقتل فقتله الحاكم ثم رجعا قتلا ، كذلك الماسك كل واحد منهما سبب في قتله .

مسألة : قال : (ومن أمر عبده أن يقتل ، وكان العبد أعجمياً لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد ، وإن كان يعلم حظر القتل قتل العبد وأدّب السيد) .

أما إذا كان العبد أعجمياً لم يعلم حظر القتل، واعتقد أن أمر السيد طاعة، فالقود على السيد ، لأن العبد يتصرف عن إذنه وأمره ، فكان كالآلة بمنزلة السكين والسيف ، و كان على السيد القود ، فإن كان عاقلاً يعلم أن القتل محظور فالقود على العبد ، لأن العبد في حق السيد كآحاد الناس في حق الإمام.

ولأن أمر السيد على عبده طاعة وامتثاله فرض كالإمام ، ثم ثبت أن الإمام إذا أمر رجلاً بالقتل بغير الحق ، فإذا كان المأمور يعلم حظر القتل فإنه يقتل دون الإمام ، وإن كان لا يعلم، لم يقتل، وقتل الإمام ، كذلك هاهنا .

* * *

كتاب ديات النفس

الأصل في الديات قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

فذكر الله في هذه الآية ديتين وثلاث كفارات، ذكر الدية والكفارة في دار الإسلام فقال: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾.

وذكر الكفارة دون الدية بقتل المؤمن في دار الحرب في صف المشركين إذا حضر معهم في الصف فقتله مسلم، ففيه الكفارة دون الدية، فقال ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾، وقال: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ﴾ كناية عن المؤمن الذي تقدم ذكره. وقوله ﴿مِن قَوْمٍ﴾ معناه في قوم، فعبر بمن عن في؛ لأن حروف الصفات يبدل بعضها عن بعض، ويخلف بعضها بعضاً، ثم ذكر الدية والكفارة بقتل الذمي في دار الإسلام فقال: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾.

وأيضاً روي في حديث عمرو بن حزم أنه قال: كان في الكتاب الذي

كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم إلى أهل اليمن : « وفي النفس مائة من الإبل »[١].

مسألة : قال أبوالقاسم رحمه الله : (ودية الحر المسلم مائة من الإبل) وذلك لم روى مالك عن عبدالله بن أبي بكر ، عن عمرو بن حزم ، عن أبيه أنه قال في كتاب رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم إلى أهل اليمن : « وفي النفس مائة من الإبل » .

مسألة : قال (فإن كان القتل عمداً فهي في مال القاتل حالّة أرباعاً : خمس وعشرون بنات مخاض ، وخمس وعشرون بنات لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تجب في مال القاتل مؤجلة في ثلاث سنين، وللشافعي في قوله: تجب أثلاثاً : ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة في بطونها أولادها . وقد نقل حنبل[٢] عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

والدلالة على أنها (أرباع)[٣] : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « وفي النفس مائة من الإبل » فظاهره أنه إذا أتى بأربعة أسنان يقبل منه ؛ لأن الاسم يتناولها ،

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٥٣، ٤٨٥٥، ٤٨٥٦، ٤٨٥٧)، ومالك في الموطأ ٢/٨٤٩ (١٥٤٧)، وقد اختلف أهل العلم في صحته، وصححه كثير من الأئمة ، وهو مرسل صحيح الإسناد مشهور عند أهل السير. انظر: تلخيص الحبير (٤/ ١٧، ١٨). وقال الألباني: ضعيف .

(٢) هو حنبل بن إسحاق ، وهو ابن عم الإمام أحمد رحمه الله ، سمع المسند كاملاً من الإمام، وله كتاب مصنف في التاريخ ، وله مسائل تشبه مسائل الأثرم في حسنها وجودتها . توفي سنة ٢٧٣هـ . انظر : طبقات الحنابلة (١/ ١٤٣) .

(٣) في (س) : أربع .

ومخالفنا يقول: لا يقبل منه حتى يأتي بثلاثة أسنان .

ولأنها وجبت بدلاً عن النفس ، فلم يجب فيها حوامل، كدية الخطأ .

ولأن الدية موضوعة على وجه التخفيف ، ألا ترى أنها مؤجلة ، فوجب أن لا يجب فيها الخلفات، دليله : الزكوات .

ووجه الثانية في أنها أثلاث منها الخلفات: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «ألا إن في قتل خطأ العمد قتل السوط والعصى مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها»[1] .

ولأنها دية تتنوع أنواعاً ، فوجب أن تكون أنواعها وتراً ، كدية الخطأ .

ولأن بنت لبون لا تستحق أن يحمل عليها ، فلا يجب أخذها في الدية المغلظة كابن مخاض وابن لبون .

والدلالة على أنها تجب في مال القاتل ولا تحملها العاقلة : هو أن العاقلة إنما تحملها من جناية الخطأ تخفيفاً عن الجاني ، لأن الخطأ يتكرر منه ، فلو أوجبناها في ماله أدى ذلك إلى ذهاب المال ، وإن كانت الجناية عمداً فليس هو من أهل التخفيف عنه ؛ لأنه آثم بذلك ، ولأن العمد لا يتكرر منه ، وإنما يقع قصده فلهذا لم تتحمله .

والدلالة على أنها حالة[2]: هو أنه حق على القاتل بدلاً عن القتل ، فكان وجوبه حالاً كالقود ، وكل حيوان كان بدل أطرافه حالاً وجب أن يكون بدل نفسه حالاً كالعبد .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في النسختين : (ما له) والصحيح ما أثبت .

مسألة : قال : (وإن كان القتل شبه العمد فكما وصفت في أسنانها إلا أنها على العاقلة تؤخذ[١] في ثلاث سنين ، في كل سنة ثلث الدية) .

والخلاف في صفة الأسنان مع الشافعي رحمه الله كالخلاف في العمد المحض، وبها خلاف آخر عن ابن شبرمة وأبي بكر بن جعفر من أصحابنا: أنها تجب في مال القاتل . و على ما نقله الخرقي تجب على العاقلة.

والدلالة على أنها مغلظة : ما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ قال : « عقل شبه العمد مغلظة »[٢] .

ولأنه قد أخذ شبهاً من العمد من قبل أن القاتل عامد في قتله ، فكانت ديته مغلظة .

والدلالة على أنها (أرباع) : ما تقدم من الدليل في العمد المحض .

والدلالة على أنها على العاقلة : ما روى المغيرة بن شعبة أن امرأتين اقتتلتا فضربت إحداهما الأخرى بعمود الفسطاط فقتلتها وما في بطنها ، « فقضى رسول الله ﷺ بدية المقتولة على عصبة القاتلة »[٣] .

ولأنه نوع قتل لا يجب به قود بحال ، فوجب أن تجب الدية فيه على العاقلة، كالخطأ المحض .

ووجه قول أبي بكر بن جعفر : أنها دية مغلظة، فكانت في ماله ، دليله : العمد المحض[٤] .

---

(١) (تؤخذ) سقطت من (ب) .

(٢) أخرجه أبوداود في الديات (٤٥٦٥) قال الألباني : حسن .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) من قوله : (المحض) إلى قوله سقط من (ب) .

مسألة : قال : (وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الإبل ، تؤخذ في ثلاث سنين أخماساً : عشرون بنات مخاض ، وعشرون بنو مخاض ، وعشرون بنات لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : بدل ابن مخاض ابن لبون .

دليلنا : ما روى الحجاج بن أرطأة ، عن زيد بن جبير ، عن خشف بن مالك الطائي ، عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « دية الخطأ مائة من الإبل : عشرون جذعة ، وعشرون حقة ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون، وعشرون بنت مخاض »[1] .

ولأنها دية مضمونة بالإبل ، فلم يجب فيها ابن لبون كدية شبه العمد .

ولأن بنت لبون سن لا يجب دونها في الديات ، فوجب أن لا يجب ذكر من هذا السن ، كالجذع والحقاق .

ولأن موضوع دية الخطأ على التخفيف ، ولهذا وجب على العاقلة فكان إيجاب بنت مخاض أقرب إلى التخفيف .

والدلالة على أنها تجب على العاقلة ولا يلزم الجاني منها شيء خلافاً للأصم[2]، والخوارج في قولهم : تجب في مال القاتل، وخلافاً لأبي حنيفة

---

(١) أخرجه أبوداود في الديات (٤٥٤٥)، والنسائي في القسامة (٤٨٠٢)، وابن ماجه في الديات (٢٦٣١)، والترمذي (٤/ ٤٣٦) وقال: حديث ابن مسعود لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه . وأخرجه الدارقطني (٣/ ١٧٢) وقال : حديث ضعيف غير ثابت عند أهل المعرفة. قال الألباني: ضعيف .

(٢) هو حاتم بن عنوان البلخي المعروف بالأصم ، كنيته أبوعبدالرحمن ، وهو من أقدم مشائخ خراسان ، توفي سنة ٢٣٧هـ . انظر : شذرات الذهب (٢/ ٨٧، ٨٨) ، وتاريخ بغداد (٨/ ٢٤١) ، والأعلام (٢/ ١٥١) .

في قوله : الجاني كواحد من العاقلة يدخل معهم في العقل .

دليلنا : ما روى المغيرة بن شعبة « أن امرأتين قتلت إحداهما الأخرى ، فجعل النبي ﷺ دية المقتولة على عصبة القاتل »[١] ، فظاهره أنه قضى بجميع الدية على العاقلة .

ولأنه تفرد بقتله ، فإذا لم يلزمه كمال الدية لم يلزمه بعضها ، كما لو أمر الإمام رجلاً بقتل رجل فقتله، وهو يعتقد أنه يقتله بحق، وكان قتله ظلماً .

وكل حق جاز أن يتحمل الغير عن الغير بعضه ، جاز أن يتحمل عنه جميعه، كزكاة الفطر .

ولأن الدماء يحتاط لها ما لا يحتاط لسائر المتلفات ، بدليل أن فيها القسامة، ويضمن لحق الله بالكفارة، وبالدية في حق الآدميين، ويدخلها القصاص ، فإذا كانت بخلاف غيرها في التغليظ فيها والاحتياط لها ، كان إيجاب الدية على العاقلة هو الاحتياط ؛ لأن خطأ الإنسان يكثر ، فلو قلنا : الدية عليه ذهب ماله، وبطلت الديات بذهاب ماله ، فنقلناها عنه إلى العاقلة مؤجلة في ثلاث سنين على كل واحد من نصف دينار إلى ربع دينار لئلا يجحف ذلك بهم فتذهب أموالهم وتهدر الدماء ، ثبت أن الاحتياط لها في هذا، وهذه الدلالة تخص من قال : جميعها على القاتل .

والدلالة على أنها مؤجلة في ثلاث سنين: ما روي عن عمر[٢] وعلي[٣]

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٨٠٠٨) وعبدالرزاق (١٧٨٥٨) ، والبيهقي في المعرفة (٨/ ١٠٩، ١١٠) (١٦٣٠٨) وقال : مرسل .

(٣) رواه البيهقي في المعرفة (٨/ ١٠٠) (١٦٣٠٩) وقال : مرسل .

أنهما جعلا الدية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين، ولا مخالف لهما.

ولأنه مال يجب على سبيل المواساة، وما كان وجوبه على سبيل المواساة لم يجب حالاً كالزكاة.

مسألة: قال: (والعاقلة لا تحمل العبد[1]، ولا العمد، ولا الصلح، ولا الاعتراف، ولا ما دون الثلث).

أما قتل العمد فإنما لم تحمله العاقلة لما روي عن ابن عباس مرفوعاً إلى النبي ﷺ[2] وموقوفاً: «لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً»[3] وهذا نص.

ولأن العاقلة إنما تحمل عن الجاني تخفيفاً عنه على سبيل المواساة من الوجه الذي ذكرنا، فإذا كان عامداً غلظ عليه، ولهذا غلظت الدية، وإذا كان على وجه التغليظ لم تحمل العاقلة؛ لأنه تخفيف عنه.

ولأنها إنما وجبت على العاقلة احتياطاً للدماء وحفظاً لها؛ لأن الخطأ يكثر من الإنسان، فلو وجبت في ماله ذهب ماله، وإذا كان عمداً كان إيجابها في ماله احتياطاً؛ لأنه يتجنب ذلك ويتركه، فلهذا كانت في ماله.

وأما العبد إذا قتله قاتل خطأ لم تحمل عاقلة القاتل قيمته، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين: إنها تحمل القيمة.

(١) يعني إذا قتل عبداً خطأ أو عمداً.

(٢) لم أجده، وأورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٧٩) نحوه وقال: غريب مرفوع.

(٣) رواه الدارقطني موقوفاً (٣/ ١٧٨)، والبيهقي في المعرفة (٨/ ١٠٤)، ومالك في الموطأ رواية محمد بن الحسن (٦٦٦).

وقال أبو حنيفة : إن جنى على نفسه حملت العاقلة ، وإن جنى على أطرافه لم تحملها .

دليلنا : ما روى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تعقل العاقلة عمداً، ولا عبداً، ولا اعترافاً، ولا صلحاً » .

ولأن العبد مال يباع ويشترى ، فوجب أن لا تحمله العاقلة كسائر الأموال .

أو نقول : لأنه مضمون بالقيمة ، فوجب أن لا تحمله العاقلة كالبهائم .

ولأن ضمانه من جهة ضمان الجناية ، ومن جهة اليد ، ثم ثبت أن العاقلة لا تحمل ما وجب عليه بضمان اليد من العبد ، فوجب أن لا تحمل ما وجب عليه بضمان الجناية من العبد ؛ لأن العبد لو جنى لم تحمله ، فإذا جنى عليه لم تحمله العاقلة .

وأما الصلح فلا تحمله العاقلة أيضاً : وهو أن يصالح الأولياء على عدم العمد إلى الدية فلا تحمله العاقلة ، والدلالة عليه : ما تقدم من حديث ابن عباس .

ولأن الصلح إذا كان عن عدم العمد فضمانه حصل عن جناية عمد ، وقد ذكرنا أن العاقلة لا تحمل العمد ، كذلك هاهنا .

وأما الاعتراف فلا تحمله أيضاً، وهو أن يعترف أنه قتله خطأ، فإنه لا تحمله العاقلة متى لم تقم البينة، والدلالة عليه: ما تقدم من حديث ابن عباس.

ولأن المعترف بذلك متهم خوفاً أن يواطئ قوماً على ذلك ، فلهذا لم يلزمهم الاعتراف .

وأما ما دون ذلك الثلث فلا تحمله أيضاً ، وهو ما دون المأمومة ، والجائفة مثل الموضحة ، والهاشمة ، والمنقلة ، ودية الأصبع ، والسن ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : تحمل القليل والكثير .

وقال أبو حنيفة : تحمل الموضحة وما زاد عليها، ولا تحمل ما دون ذلك .

دليلنا : ما روى أبو ثابت قال : حدثني عبدالله بن سمعان قالت : سمعت رجلاً من علمائنا يقول : قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الدية أن لا يحمل منها على العاقلة ، حتى تبلغ الدية عقل المأمومة والجائفة ، فإذا بلغت ذلك فصاعداً حملت على العاقلة[1] .

فإن كان منتشراً فهو إجماع الصحابة ، وإن لم يكن منتشراً فهو قول صحابي لا يعرف له مخالف ، فهو حجة .

ولأن العاقلة إنما تحملت عن القاتل تخفيفاً لئلا تجحف بما له الدية ، وليس عليه في أقل من الثلث إجحاف ، لأن الثلث في حد القلة ، وقد تعلق به قدر في الأموال، من ذلك أن المسافر يمسح ثلاثاً ، وخيار المصراة ثلاثاً .

ولأن القياس يقتضي أن كل الدية على الجاني ؛ لأنها بدل عن متلف، فأقل ما قضت السنة على العاقلة ما روينا عن عمر رضي الله عنه في دية المأمومة والجائفة ، فخرج هذا عن القياس بالسنة، وبقي ما عداه على مقتضى القياس.

مسألة : قال : (وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه ، فإن كانت الجناية أكثر من قيمة العبد لم يكن على السيد أن يفديه بأكثر من قيمته) .

معنى هذا الكلام : أن جناية العبد تتعلق برقبة العبد ؛ لأنه لا يخلو إما أن نقول : تعلقت بذمته تتبع به بعد العتق ، أو بمال السيد ، أو برقبة العبد ، فلا يجوز أن تعلقت بمال السيد ؛ لأن الجناية حصلت من يد العبد لا من يد

---

(١) أورده ابن حزم بإسناده في المحلى (١١/ ٥١) .

السيد، والعبد له يد (وعقل)[١] لأنه مكلف تتعلق الجناية بماله إذا كانت من يده ، فلم يبق إلا أنها تتعلق برقبته ، والسيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه إذا كانت الجناية خطأ أو عمد الخطأ . وإنما كان السيد في ذلك مخيراً ؛ لأن الجناية حق تعلق برقبة العبد ، وما تعلق برقبته لا يزيل ملكه عنه، ولا يوجب تسليمه ، بل هو مخير بين أن يسلمه للبيع أو يفكه .

ولأن جناية العبد قد تعلقت برقبته ، والعبد مال السيد ، فلو قلنا: يكون الجاني أحق به من السيد ، وليس للغريم أن يحجر عليه في الجهة التي يحصل منها القضاء، كذلك هاهنا .

فإن اختار سيده أن يفديه، وكان أرش الجناية أكثر من قيمته، لم يلزم السيد أكثر من قيمته على ما نقل الخرقي ، خلافاً للشافعي في أحد القولين ، وإحدى الروايتين عن أحمد : أنه يلزم السيد أن يفديه بقدر الجناية بالغاً ما بلغ .

وجه ما نقله الخرقي : أن الجناية تعلقت برقبة العبد ، وقد جعلنا للسيد أن يفديه، وقيمته بدل عنه كسائر المتلفات ، فلهذا لم يلزمه أكثر من قيمته ، لأن الحق بالرقبة تعلق، وقيمته بدل عنها .

ووجه الثانية : إذا سلمه (للبيع) [٢] ربما رغب فيه راغب فزاد في ثمنه بقدر أرش الجناية .

مسألة : قال : (والعاقلة العمومة وأولادهم وإن سفلوا في إحدى الروايتين، والرواية الأخرى : الأب والابن والإخوة وجميع العصبة من العاقلة) .

---

(١) في (س) : فضل .

(٢) في (س) : قد .

وجه الرواية الأولى : في إخراج الأب والابن من العاقلة، وهو قول الشافعي رحمه الله : ما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ، ولا يؤخذ الأب بجريرة ابنه ، ولا الابن بجريرة أبيه »[1] .

وكل من لم يحجب من الميراث مع سلامة الحال لم يكن له مدخل في تحمل العاقلة ، دليله : الزوج والزوجة .

ولا يلزم عليه الأخ والعم أنهم يعقلون؛ لأنهم يحجبون بحال من الميراث.

ولا يلزم عليه الأب والابن إذا كانا كافرين أنهما يحجبان ولا يعقلان لقولنا: «مع سلامة الحال» .

ووجه الثانية : في إدخال الأب والابن في العاقلة، وهو قول أبي حنيفة : أن العقل موضوع على الناصر ، وكل واحد منهما ينصر صاحبه، فهما كالأخ وابن العم .

ولأن العاقلة قلة تتحمل الدية على سبيل المواساة والتخفيف عن القاتل ، والأب أولى بمواساة ابنه ، والابن أولى بمواساة أبيه من غيره .

مسألة : قال : (وليس على الفقير من العاقلة والصبي ولا الزائل العقل حمل شيء من الدية) .

أما الفقير فلا مدخل له في تحمله العقل ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : له مدخل .

---

(١) أخرجه النسائي في تحريم الدم (٤١٢٧) . وقال في مجمع الزوائد (٦/ ٢٨٣) : رجاله رجال الصحيح، وصححه السيوطي في الجامع الصغير (٢/ ٢٠٠) . وقال الألباني : صحيح .

دليلنا: أنه جبر يجب بحلول الحول ، فلم يكن للفقير مدخل فيه كالزكاة.

ولأن تحمل العاقلة طريقه المواساة ، والفقير ليس من أهل المواساة ، ألا ترى أنه لا مدخل له في الزكاة ، ونفقة الأقارب ، ولأن وجوب ذلك على طريق المواساة .

وأما الصبي والمجنون : فلا مدخل لهما فيها ، لأن العقل يتحمل بالنص ، ولا نص في هؤلاء ، ولهذا قلنا: من وقع منهم في الأسر لم يقتله ، وإذا لم يكن فيهم نص لم يعقلوا .

ولأن الدية جعلت على العاقلة مكان المنع[1] منه بالسيف في الجاهلية[2] ، فإن الإسلام جعل المنع[3] منه والدفع عنه بالمال ، فوجب أن يكون المال عن من كان من أهل السيف في الجاهلية .

مسألة : قال : (ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال، فإن لم يقدر على ذلك فلا شيء عليه) ، خلافاً لإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله : أنه لا يفديه الإمام من بيت المال .

ووجه ما نقله الخرقي : أن النبي ﷺ فدى الأنصاري من عنده لما امتنع الأولياء من اليمين ولم يرضوا بأيمان اليهود [4] .

---

(١) في (س) : المنعي .

(٢) والمعنى أن العاقلة في الجاهلية تمنع القتل بالسيف، فجاء الإسلام فجعل الدية مكان هذا المنع ، والله أعلم .

(٣) في (س) : المنعي .

(٤) أخرجه البخاري في الجزية والموادعة (٣٠٠٢) ، ومسلم في القسامة (١٦٦٩) .

ولأن العاقلة إنما تحملت الدية حفظاً للدماء، وحراسة لها من الوجه الذي ذكرنا .

فلو قلنا: لا يفديه الإمام من بيت المال أدى ذلك إلى ذهاب الدم ، لأن كثيراً من الناس لا يكون لهم عاقلة .

ولأن هذا العقل يتحمل بالنصرة ، وما لا عاقلة له فنصرته على جماعة المسلمين، فبيت المال جماعتهم ، فكانت الدية فيه .

ووجه الثانية : أن القياس يمنع من تحمل الدية ، لأنها جناية منه، لكن تركنا القياس في العاقلة للإجماع، وبقي ما عداه على موجب القياس .

ولأنه لا نسب بينهم ولا ولاء ، فلم تتحمل ديته كأهل ديونه .

وأما إذا لم يكن له عاقلة ولا في بيت المال فقال الخرقي : لا شيء على القاتل . وقال أصحاب الشافعي رحمه الله : يلزمه ذلك في ماله .

والدلالة على أنه لا يلزمه شيء وتسقط : هو أن الدية تجب على العاقلة ابتداء ، فإذا (عدمت) [1] العاقلة لم يلزم الجاني ؛ لأن هذا النوع من القتل لم يوجب عليه حقاً .

والدلالة على أنها تجب عليهم ابتداء : أن دية الخطأ تلزم العاقلة في أموالهم، كما تلزم دية القتل العمد في مال القاتل ، ثم ثبت أن دية العمد تجب عليه بالقتل ، كذلك يجب أن تجب دية الخطأ على العاقلة بالقتل .

ولأنها لو كانت تجب عليهم على طريق التحمل لوجب أن يعتبر وجود الضمان والتحمل من جهتهم كما يعتبر في سائر الحقوق الواجبة على الغير ،

---

(١) في (س) : عدم .

إنه لا تنتقل إلى غيره إلا بالضمان والتحمل ، ولما لم يعتبر ذلك دل على أنها تجب عليهم ابتداء .

مسألة : قال : (ودية الحر الكتابي نصف دية المسلم) خلافاً للشافعي وإحدى والروايتين عن أحمد رحمه الله : أنها ثلث دية المسلم ، وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : مثل دية المسلم .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي ﷺ « قضى أن عقل أهل الكتاب نصف عقل المسلم »[1] . وفي لفظ آخر قال: «دية الكافر نصف دية المسلم»[2] .

ولأن النقص ضربان : نقص كفر ، ونقص أنوثية ، ثم ثبت أن للأنوثية أثراً في إسقاط نصف الدية ، كذلك الكافر .

ولأن الدية تكمل عند كمال حال المقتول ، ألا ترى أن المرأة لما كانت ناقصة الأحكام لم تكمل ديتها ، كذلك الكافر ناقص الأحكام ، بدليل انه لا مدخل له في الشهادة ، ولا يجب بقذفه الحد .

ولأنه لما كان من جنس الكفر ما يسقط جميع الدية وهو الارتداد ، وجب أن يكون منه ما ينقصها ويشعثها ، كما أن الطلاق لما كان من جنسه ما يقطع النكاح ويزيل العصمة كان من جنسه ما ينقصه ويشعثه .

ووجه الرواية الثانية : في أنها ثلث الدية : ما روى عمرو بن شعيب ، عن

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الديات (٢٦٤٤)، والنسائي في القسامة (٤٨٠٦). قال الألباني: حسن.

(٢) أخرجه الترمذي في الديات (١٤١٣) وقال: حديث حسن. قال الألباني: حسن صحيح.

أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ أنه قال: «ديته ثلث دية المسلم»[1].

مسألة: قال: (ونساؤهم على النصف من دياتهم) وذلك لأنهم مساوون لهم في النقص، وكان دياتهم على النصف من ديات الرجال، كما أن نساء المسلمات لما ساووهم في الكمال كانت دياتهم على النصف.

مسألة[2]: قال: (وإن قتلوا عمداً ضعفت[3] الدية على قاتلهم[4] لإزالة القود) خلافاً للشافعي في قوله: ديته على الثلث من العمد والخطأ.

دليلنا: ما روي عن سالم عن ابن عمر أن رجلاً من أهل الذمة قتله رجل[5] مسلم، فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه الدية ألف دينار[6]. فإن كان منتشراً فهو إجماع، وإن لم يكن منتشراً فهو قول صحابي لم يخالف غيره.

ولأنه ذَكَر له كتاب، خرجت روحه عن عمد محض فكانت ديته كاملة، دليله: المسلم، وفيه احتراز عن المرأة، وعن المجوسي، وعن قتل الخطأ.

ولأن هذا الفعل يوجب القود، بدليل أنه لو وجد في مسلم وجب القود، لكن الكفر حصل شبهة في إسقاط القود، لأنه مما يسقط بالشبهة، فلا يجب أن يجعل شبهة في تخفيف الدية، ألا ترى أن قتل الخطأ في حق المسلم هو

---

(١) لم أجده إلا عن عمر بن عبدالعزيز: رواه ابن أبي شيبة (٢٨٢٣).

(٢) من قوله مسألة ساقط من نسخة (ب).

(٣) في (ب): أضعفنا لهم.

(٤) قوله على قاتلهم سقط من (ب).

(٥) لفظة (رجل) ساقطة من (س).

(٦) أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤٥)، وعبدالرزاق في مصنفه (١٠٢٢٤)، (١٨٤٩٢). وذكره صاحب التلخيص الحبير (٤/ ١٦) وقال: قال ابن حزم هذا في غاية الصحة.

شبهة في إسقاط القود وليس بشبهة في نقصان الدية .

ولا يلزم على هذا قتل الخطأ أن الكفر يؤثر في نقصان دية الكافر ، لأن قتل العمد له مزية على قتل الخطأ ، بدليل قتل المسلم ، فجاز أن يؤثر في قتل الذمي خطأ ولا يؤثر فيه عمداً .

مسألة : قال : (ودية المجوسي ثمان مائة درهم) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: مثل دية المسلم .

دليلنا: إجماع الصحابة : ما روي عن ثلاثة رواه الزهري عن عمر[1] وعثمان[2] وابن مسعود[3] : دية المجوسي ثمان مائة ردهم، ولا مخالف لهم .

مسألة : قال : (ونساؤهم على النصف من دياتهم) وذلك لأنهم مساوون لهم في النقص فكانوا على النصف، كما قلنا في نساء أهل الكتاب .

مسألة : قال : (ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم) خلافاً للأصم في قوله : هما سواء .

دليلنا : ما روى عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال : « دية المرأة على النصف من دية الرجل »[4] .

ولأن الحقوق على ضربين : حقوق أبدان ، وحقوق أموال ، فحقوق الأبدان قد تساوي المرأة الرجل فيها ، كالقصاص، وحدّ القذف، وسائر العبادات.

وحقوق الأموال : ما قل منها تساوي المرأة الرجل فيه، مثل ميراث ولد الأم

---

(١) رواه البيهقي (٩/ ١٠٠، ١٠١) .

(٢) أثر عثمان لم أجده . قال في البدر المنير (٩/ ٤٨٩) : لا يحضرني من خرجه عنه .

(٣) رواه البيهقي (٩/ ١٠١) .

(٤) رواه البيهقي من حديث معاذ بن جبل . وانظر تلخيص الحبير (٤/ ٢٤) .

إن كان يسيراً استوى الرجل و المرأة فيه ، وما كان منها كثيراً يختلفان كميراث البنين والإخوة والأخوات من الأب والأم ، وكذلك الدية ما قل منها وهي دية الجنين ، ودون الثلث يستوي فيها الذكر والأنثى، وما كثر منها يختلفان فيه.

مسألة : قال : (وتساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية، فإن جاوز الثلث فعلى النصف من جراح الرجل) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في الجديد : إن[1] أرش جراحها على النصف فيما قل أو كثر .

دليلنا : ما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال : قال النبي ﷺ : «المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها»[2] .

وقال ربيعة : قلت لسعيد : كم في أصبع المرأة ؟ قال : عشر. قال : ففي أصبعين ؟ قال : عشرون . قلت : ففي ثلاثة ؟ قال : ثلاثون . قلت : ففي أربع ؟ قال : عشرون . قلت : لما عظمت مصيبتها قل عقلها. فقال : هكذا السنة يا ابن أخي؟[3] .

وقول التابعي : « هي السنة » يقتضي سنة رسول الله ﷺ .

ولأن المال إذا قل ساوت المرأة الرجل فيه من الوجه الذي ذكرنا وهو ميراث أم[4] ولد ذكر ، كذلك ما قل من الدية .

---

(١) (إن) ساقطة من (ب) .

(٢) رواه عبدالرزاق (١٧٧٥٦) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (ص٨٦٠) ، والبيهقي (٨/ ٩٦) . وقوله : هي السنة ، يدل على أنه أرسله عن النبي ﷺ، وقد اتفق أهل الحديث أن مرسلات سعيد بن المسيب أصح المراسيل.

(٤) أم ساقطة من (ب) .

ولأن ما دون الثلث يستوي فيه الذكر والأنثى ، دليله : دية الجنين .

مسألة : قال : (ودية العبد والأمة قيمتها بالغاً ما بلغ) .

قد تقدم شرح هذه المسألة مع أبي حنيفة ودللنا عليه بأشياء منها أنه مملوك ضمن بالجناية ، فوجب أن يضمن بكمال قيمته كالثياب .

مسألة : قال : (ودية الجنين إذا سقط من الضربة[١] ميتاً وكان من حرة مسلمة غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه كأنه سقط حياً) .

والدلالة على وجوب الغرة: ما روى أبو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها (وما في بطنها)[٢] فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقضى في دية جنينها غرة عبد أو أمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها ، قال حمل ابن النابغة: كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ، ولا نطق ولا استهل ، فمثل ذلك يطل؟[٣] فقال رسول الله ﷺ : « إنما هذا من إخوان الكهان» من أجل سجعه الذي سجع[٤] . و هذا نص .

ولأنه يحتمل أن يكون ميتاً فلا يضمن ، ويحتمل أن يكون حياً فيكون فيه كمال الدية ، فلم يجب إيجاب دية كاملة ، ولا إسقاط حكم هذه الجناية رأساً، فأوجبنا فيها ما أوجب رسول الله ﷺ نصف عشر الدية حتى لا يسقط حكمها رأساً.

---

(١) قوله : (من الضربة) ساقطة من (ب) .

(٢) ما بين القوسين سقط من المخطوطين .

(٣) معناه : يهدر ويلغى ولا يضمن .

(٤) رواه البخاري في الطب (٥٤٢٦) ، ومسلم في القسامة (١٦٨١) .

وقوله : « وقيمتها خمس من الإبل » فالدلالة عليه : أنها دية نفس فكانت مقدرة ، ودليله : الدية في قتل الرجل .

وإذا ثبت أنها مقدرة لم يجب إيجاب دية كاملة ، فاعتبرنا أدناها ، فوجدنا أدنى مقدر ورد الشرع به في الجناية عشر الدية أرش الموضحة خمس من الإبل ، فلهذا أوجبنا هذا المقدر .

وقوله : « مورثة عنه » خلافاً لليث في قوله : لا تورث بل تكون لأمة.

دليلنا : أنها دية آدمي، فوجب أن تكون موروثة ، دليله : دية الكبير .

ولأن ضمانه ضمان الأنفس لا ضمان الأطراف ، بدليل أن بدله لا يدخل في دية أمه ، فإذا كان كذلك كان بدله موروثاً .

مسألة : قال : (فإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : نصف عشر قيمته إن كان غلاماً، وعشر قيمتها إن كانت جارية .

فعنده أن ما يجب فيه يعتبر بنفسه لا بأمه ، وعندنا هو معتبر بأمه ، وكذلك أيضاً في جنين الحرة فيه عندنا معتبر بأبويه، فيجب فيه نصف عشر دية أمه ، وعشر دية أبيه ، وعنده الواجب معتبر بنفسه، فيجعل فيه نصف عشر ديته إن كان ذكراً ، أو عشر ديتها إن كان أنثى إلا ما توجبه في جنين الحرة هو مثل ما توجبه، وإنما نختلف في تعليل ذلك ، وفي جنين الأمة نختلف في التعليل والحكم.

دليلنا : أنه جنين مات بالجناية، فوجب أن لا يختلف قدر ضمانه بالذكورية والأنوثية ، دليله : جنين الحرة . يؤكد صحة هذا : أن الأصل في ضمان الجنين

هو جنين الحرة وجنين الأمة محمول عليه ، وحكم الفرع (لا يختلف)[١] إلا في المواضع التي يختلف فيه حكم أصله ، فلما لم يختلف حكم الأصل بالذكورية والأنثوية لم يجز أن يختلف حكم الفرع عن ذلك .

ولأن ضمان الجنين لو كان معتبراً بنفسه لوجب اعتبار صفته ، فلو اعتبرت صفاته لاعتبرت حياته ، لأنه أكمل الصفات ، فلما لم تعتبر حياته وجب[٢] ضمانه وإن لم تعلم حياته فثبت أن ضمانه غير معتبر بنفسه (وأنه)[٣] معتبر بغيره .

ولأن المضمونات على ثلاثة أضرب : منها ما يعتبر ضمانة بغيره مثل الجنايات التي لا أرش لها مقدر في الحر، فما يجب فيها (معتبر)[٤] بالعبد ، وكذلك أطراف العبد معتبرة بالحر .

ومنها : ما قدر ضمانها بالشرع كالأحرار وأطرافهم ، وأجمعنا أن جنين الأمة غير مقدر ضمانه بالشرع ، فلم يبق إلا أن يكون ضمانه معتبراً فيه بوجوب اعتبار قيمته حال الجناية عليه، وتقويمه في تلك الحال لا يمكن ، فإذا بطل أن يكون اعتبار ضمانه بنفسه لما ذكرنا ثبت أن اعتباره بغيره .

مسألة : قال : (وإن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ثم مات من الضربة ففيه دية الحر إن كان حراً ، أو قيمته إن كان مملوكاً إذا كان كان سقوطه لوقت يعيش مثله فيه، وهو أن يكون لستة أشهر فصاعداً) .

ظاهر كلامه أنه إذا مات بعد سقوطه ففيه دية كاملة سواء استهل صارخاً أو

(١) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٢) في (س) : بل وجب .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (س) .

لم يستهل ؛ لأنه يعلم أن حياته تعلم بحركة أو نَفَس ، وقد نص عليه أحمد رحمه الله ، خلافاً لمالك في قوله : لا تجب فيه الدية إلا أن يستهل .

دليلنا : أنه قد تحقق حياته حال الضرب ، فوجب فيه الدية كاملة، كما لو استهل، ويفارق هذا الميراث ؛ لأنه يستحق بوجود الحركة حتى يستهل ، لأن الضرب جناية، فجاز أن تغلظ على الجاني في الضمان ؛ لأن الجناية تقتضي تغليظاً على عاقلتها ، وليس كذلك الإرث ؛ لأنه من جهة الميت لا من جهة الورثة لا يقتضي التغليظ عليهم في مشاركة الجنين لهم إذا لم يستهل ، فجاز أن يعتبر الاستهلال فيه .

وقوله : « إذا كان سقوطه[1] لوقت يعيش مثله فيه، وهو أن يكون لستة أشهر فصاعداً » لأن ما دون ذلك لا حكم لذلك الأضراب والحركة ، لأن الحياة لا تبقى معها ، فهي تجري مجرى حركة المذبوح لا حكم لها ، لأن الحياة لا تبقى معها .

فإن قيل : إن الدية إنما تجب لقطع حياة ثابتة ، وهاهنا قد علمنا أنه كان حياً وقد قطعه بالضربة . قيل : فيجب أن نوجب دية كاملة إذا وضعته ميتاً ، لأنه قد قطع حياته بالضربة ، ولا يمكن أن يقال: إنا لا نعلم حياته في بطن أمه ، بل يجوز أن يكون ميتاً ، لأنا لو جوزنا[2] أن يكون ميتاً في بطن أمه لم توجب فيه

---

(١) لفظة (سقوطه) ساقطة من (ب) .

(٢) في (ب) : حررنا .

الغرة ؛ لأن الميت لا يضمن ، ولما أجمعنا على الضمان علمنا أن ذلك الضمان لقطع الحياة السابقة، ومع هذا لم تجب دية كاملة ؛ لأنه لم يقطع حياة يتبقى معها الحياة ويعيش بوجودها، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة سواء كان الجنين حياً أو ميتاً)، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تجب الكفارة بقتل الجنين .

دليلنا : أنها نفس ضمنت بالدية فضمنت بالكفارة إذا قتل خطأ .

أو نقول : آدمي مضمون بالدية ، فوجب أن يضمن بالكفارة ، دليله : ما ذكرنا .

ولأن الكفارة تجب لحق الله تعالى، والدية لحق آدمي ، ألا ترى أن من قتل مسلماً خطأ لزمه الدية والكفارة؛ لأنه كان ممنوعاً من قتله لحق الله وحق الآدمي.

ومن قتل مرتداً فلا كفارة عليه ولا دية ، لأنه غير ممنوع من دمه .

والسيد إذا قتل عبده عليه الكفارة، ولا قيمة عليه ، لأن القيمة تجب في حقه، فلا يجب عليه في حق نفسه ، وتلزمه الكفارة ؛ لأنه كان ممنوعاً من قتله لحق الله تعالى ، وحق الآدمي ، فوجب أن يضمن بالدية لحق الآدمي ، والكفارة لحق الله تعالى .

مسألة : قال : (وإذا شربت الحامل دواء فأسقطت[1] به جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً وتعتق رقبة) .

إنما وجب عليها غرة ؛ لأنها في الظاهر قاتلة ، فكان عليها دية، كما لو جنت على غيرها ، وإنما لم ترث منها شيئاً وتكون لبقية الورثة ؛ لأنها قاتلة ، والقاتل

(١) في (ب) : فألقت .

لا يرث من مال القتيل شيئاً لا من المال ولا من الدية ، وعليها عتق رقبة ، لأنا قد حكمنا أنها قاتلة ، فكان عليها الكفارة ، كما لو ضربت بطن غيرها فألقت جنيناً فعليها الغرة والكفارة ، وكذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق، فرجع فقتل رجلاً منهم، فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية ، وعلى كل واحد منهم عتق رقبة ، وإن كانوا أكثر من ثلاثة[1] فالدية في أموالهم) .

إنما لزم العاقلة كل واحد من الاثنين ثلث الدية ، لأن الثالث مات بجنايته وجناية الاثنين اللذين معه ، لأن الجناية حصلت من مد المنجنيق ، وذلك وجد من ثلاثتهم، فما قابل جنايته على نفسه هدر، وهو ثلث الدية (ما قابل)[2] جناية الاثنين مضمون على عاقلة كل واحد من الاثنين ثلث ديته .

وإن كانوا أكثر من ذلك كانت الدية في أموالهم ؛ لأنهم إذا كانوا أربعة فصاعداً حصل في مقابلة جناية كل واحد منهم أقل من ثلث الدية ، وقد ذكرنا فيما تقدم أن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث ، فلهذا كانت في أموالهم ، والكفارة على كل واحد في ماله، لما تقدم من أن الكفارة لا تتقسط ، وإنما تجب على كل واحد[3] رقبة كاملة ؛ لأنها تجب لا على طريق البدل ، والدية تجب على طريق البدل فلهذا تقسطت .

* * *

(١) في (ب) : من ذلك .

(٢) في (س) : قابل .

(٣) في (ب) : قاتل .

باب ديات الجـراح

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (ومن أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد ففيه الدية ، وما فيه شيئان ففي كل واحد منهما نصف الدية) وهذه جملة يأتي شرحها في أثناء المسائل .

مسألة : قال : (في العينين الدية) (وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «وفي العينين الدية»)[1][2] . وكلما كان على البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين والرجلين .

مسألة : قال : (وفي الأشفار الأربعة الدية ، وفي كل واحد منهما ربع الدية) خلافاً لمالك في قوله : فيهما حكومة .

دليلنا : أنها من تمام الخلقة ، وفيهما الجمال والمنفعة ، أما الجمال : فظاهر ، فإن من لا جفن لعينيه فلا أقبح من هذا الشين .

وأما المنفعة : فإنها تقيه الحر والبرد وحفظ النظر ، فكان فيهما الدية كالأصابع والأذنين ، وفي كل واحد منهما ربع الدية ، فإذا كان في هذه الأعضاء الأربعة كل الدية وجب في كل واحد منها ربع الدية .

مسألة : قال : (وفي الأذنين الدية) ، خلافاً لمالك في أحد[3] قوليه : فيهما حكومة .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (س) .

(٢) رواه النسائي في القسامة (٤٨٥٣) . قال الألباني : ضعيف .

(٣) في (ب) : في قوله في إحدى الروايتين .

دليلنا : ما روى عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال : «وفي الأذنين الدية»[١] وفي[٢] كل ما كان على البدن منه عضوان ففيهما الدية كاليدين والرجلين ، ولا يدخل عليه الإبهامان ، لأن على البدن منهما أكثر من اثنين .

مسألة : قال : (وفي السمع الدية) وذلك لما روى معاذ أن النبي ﷺ قال : «وفي السمع الدية »[٣] .

وروى أبو المهلب أن رجلاً رمى رجلاً (بحجر) [٤] وأصابه في رأسه ، فذهب سمعه ، وعقله ، ولسانه ، وذكره، فقضى عمر رضي الله عنه فيها بأربع ديات[٥] .

ولأنها جناية تختص بمنفعة فكان فيها الدية ، كالسمع والبصر .

مسألة : قال : (وفي قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية ، وفي الحاجبين الدية إذا لم ينبت الشعر ، وفي اللحية إذا لم ينبت الشعر الدية) .

هذه ثلاثة شعور في كل واحد منها كمال الدية ، خلافاً للشافعي رحمه الله : فيها حكومة .

دليلنا : أنه أتلف الجمال على الكمال ، فوجب أن يلزمه كمال الدية، كما لو قطع الأنف والأذنين ، ولا يلزم عليه العين القائمة ، والسن السوداء ، واليد

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (ب) : ولأن .

(٣) رواه البيهقي (٨/ ٨٥) وإسناده ضعيف .

(٤) ما بين القوسين لم تذكر بـ(س) .

(٥) رواه البيهقي (٨/ ٨٦)، وابن أبي شيبة (٢٧٤٣٦، ٢٧٩٢٠)، وعبد الرزاق (١٨١٨٣).
وأبو المهلب عم أبي قلابة هو راوي الحكاية وشاهدها .

الشلاء ؛ لأنه ليس فيها جمال كامل .

مسألة : قال : (وفي المشام الدية) وذلك لما روى عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال : « وفي الشم الدية »[١] .

ولأنها جناية تختص بمنفعة ، فكان فيهما الدية كالسمع والبصر .

مسالة : قال : (وفي الشفتين الدية ، وفي كل واحدة منهما نصف الدية) خلافاً لإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله : أن في السفلى ثلثي الدية ، وفي العليا ثلث الدية .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال : « وفي الشفتين الدية »[٢] وهو قول علي[٣] وعبدالله[٤] وزيد[٥] .

ولأنهما من تمام الخلقة، وفيهما الجمال والمنفعة ، فكان فيهما الدية كاليدين والرجلين .

ولأن كل عضوين كان فيهما الدية فإنه لا يزيد أحدهما على الآخر بشيء، دليله: اليدان والرجلان .

ووجه الثانية : أن المنفعة بالسفلى أكثر ، لأنها هي التي تدور وتحبس الريق، والعليا ساكنة لا تتحرك ، فكان فيها أكثر من العليا .

---

(١) لم أجده . وقال في البدر المنير (٨/ ٤٦٢) : هذا الحديث غريب لا أعلم من خرجه من هذا الوجه ولا من غيره بعد البحث عنه . و ذكره ابن قدامة بلفظ « وفي المشام الدية » (٨/ ١٣) .

(٢) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٥٣) . قال الألباني : ضعيف .

(٣) قول علي : أخرجه أخرجه عبدالرزاق (١٤٤٨٤) .

(٤) قول عبدالله بن عمرو : رواه البيهقي (٨/ ٨٩) . وقال : هذا إسناد ضعيف .

(٥) قول زيد : رواه ابن أبي شيبة (٢٧٤٥٩) .

مسألة : قال : (وفي اللسان المتكلم به الدية) وذلك لما روي عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال: «وفي اللسان الدية»[١] . وهو قول أبي بكر[٢] وعمر[٣] وابن مسعود[٤] وعلي[٥] رضوان الله عليهم .

ولأنه من تمام الخلقة، وفيه الجمال والمنفعة ، فوجب أن يكون فيه الدية، كالأنف والذكر .

أما المنفعة : فإنه يذوق الطعم ، ويدير به المأكولات ، ويخرج به ما يجتمع بين الأسنان وعليها .

وأما الجمال : فروى ابن عباس عن النبي ﷺ قال : قلت : يا رسول الله فيم الجمال ؟ قال : «في اللسان»[٦] . وقال ﷺ : «المرء مخبوء تحت لسانه»[٧] .

وقال بعضهم : ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة. فإذا كان فيه الجمال والمنفعة ففيه كمال الدية .

وقوله : «اللسان المتكلم به» معناه إن كان أخرساً لم يجب فيه كمال الدية ،

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٥٣) قال الألباني : ضعيف .

(٢) قول أبي بكر : رواه ابن أبي شيبة (٢٧٤٨١) .

(٣) قول عمر : رواه ابن أبي شيبة (٢٧٤٨٣) .

(٤) قول ابن مسعود : رواه البيهقي (٨/ ٨٩)، وابن أبي شيبة (٢٧٤٧٥) .

(٥) قول علي : رواه البيهقي (٨/ ٨٩)، وابن أبي شيبة (٢٧٤٧٤) .

(٦) رواه الحاكم في المستدرك (٣/ ٣٧٣) . قال الذهبي : مرسل .

(٧) أخرجه ابن الشجري في الأمالي (١/ ١١٥) عن علي موقوفاً ، والفريابي في فضائل القرآن (٥٠) . وإسناده ضعيف .

وكم يجب فيه؟ على روايتين: إحداهما : ثلث الدية، كالعين القائمة، والسن السوداء.

والثانية : حكومة، والكلام عليه يأتي في العين القائمة والسن السوداء .

مسألة : قال (وفي كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد أثغر ، والأضراس والأنياب كالأسنان) خلافاً لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: « وفي الثنايا خمس ، وفي الأضراس بعير »[1] .

دليلنا : ما روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ « قضى في الأسنان بخمس من الإبل »[2] .

(وروى عبدالله بن أبي بكر ، عن أبيه قال : في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم : « في السن خمس من الإبل »[3])[4] .

وروى ابن عباس رسول الله ﷺ قال : « الأصابع سواء ، والأسنان سواء الثنية والضرس من هذه وهذه سواء »[5] .

ولأن كل جنس كان مضموناً بالدية ، فإن الدية تتقسط على عدده ، ولا يعتبر اختلاف منافعه كالأصابع .

وقوله : « إذا قلعت ممن قد أثغر » معناه إذا قلعت من صبي لم يثغر فلا دية

---

(١) لم أجد ما يخص الثنايا : أما الأضراس : فرواه موطأ مالك ص٨٦١ ، والبيهقي ٨/ ٩٠، وابن أبي شيبة (٢٧٥٣٢)، وعبدالرزاق (١٧٥٠٧) .

(٢) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٤١) ، وأخرجه أبوداود في الديات (٤٥٦٤) . وقال في «مجمع الزوائد» : إسناده صحيح . وقال الألباني : حسن .

(٣) رواه النسائي في القسامة (٤٨٥٣) . قال الألباني : ضعيف .

(٤) ما بين القوسين لم يذكر بـ(س) .

(٥) أخرجه أبوداود في الديات (٤٥٥٦)، وأحمد (١/ ٢٨٩) . قال الألباني: صحيح .

فيها ولكن الحكم فيها أن يتوقف سنة ؛ لأنه غالب ما يعلم خروجها فيه ، فإن لم تعد ، وهو أن تسقط أخواتها وتنبت ، ولم تعد ثانياً أخذنا الدية ، كما لو قلع سن الكبير ، وإن عادت مع أخواتها فلا دية ، لأن هذه تلك ، ولكن تكون (فيها)[١] حكومة ، لأنها لا تنفك عن جرح .

مسألة : قال (وفي اليدين الدية) وذلك لما روى معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال : « وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية »[٢] .

وروى عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال : « وفي اليد خمسون من الإبل»[٣] .

ولأنها من تمام الخلقة، وفيها الجمال والمنفعة، فكان فيهما الدية ، كالرجلين والعينين .

مسألة : قال : (وفي الثديين الدية) سواء كانا من رجل أو امرأة ، أما إذا أخذ من المرأة ففيهما الدية ؛ لأنهما من تمام الخلقة، وفيهما الجمال والمنفعة، فأشبها اليدين .

أما الجمال : فلا خفاء أنه إذا لم يكن للمرأة ثديان فهي في نهاية القبح.

وأما المنفعة : فإنهما يجمعان اللبن للطفل .

وأما ثدي الرجل ففيهما أيضاً الدية ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : فيهما حكومة .

---

(١) ما بين القوسين من (ب) .

(٢) لم أجده . قال في البدر المنير (٨/ ٤٥٩) : هذا الحديث من هذا الوجه غريب .

(٣) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٥٦) ، ومالك في الموطأ (ص٧٤٩) . قال الألباني: ضعيف .

دليلنا : أنهما عضوان يشارك الرجل فيهما المرأة ، فإذا كان فيهما من المرأة ديتها كان فيهما من الرجل ديته ، دليله : الأذنان وغيرهما .

مسألة : قال : (وفي الإليتين الدية) وذلك لأنهما من تمام الخلقة، وفيهما الجمال والمنفعة ، أما الجمال : فمعروف ، وأما المنفعة : فإنه يجلس عليهما، فإذا كان فيهما الجمال والمنفعة كان فيهما الدية كاليدين .

مسألة : قال : (وفي الذكر الدية) وذلك لما روى عمر بن حزم أن النبي ﷺ قال : « وفي الذكر الدية » (١) .

ولأنه من تمام الخلقة، وفيه الجمال والمنفعة ، فكان فيه الدية، كاللسان والأنف .

مسألة : قال : (وفي حشفة الذكر ما في الذكر كله) وذلك لأن الجمال والمنفعة بها، فهي من الذكر كالأصبع من اليدين .

مسألة : قال : (وفي الأنثيين الدية) يعني بذلك الخصيتين ، وذلك لما روى عمرو بن حزم عن النبي ﷺ أنه قال : « وفي الخصيتين الدية » (٢) .

ولأنهما من تمام الخلقة ، وفيهما الجمال والمنفعة، فهما كاليدين .

مسألة : قال : (وفي الرجلين الدية) وذلك لما روى معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال : « وفي الرجل خمسون من الإبل » (٣) .

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٥٣) . قال الألباني: ضعيف .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) لم أجده من حديث معاذ . قال في خلاصة في « البدر المنير » (٢/ ٢٧٥) : غريب ، نعم هو في حديث عمرو بن حزم وعمرو بن شعيب . قلت : حديث عمرو بن شعيب ، ورواه من حديث عمرو بن حزم النسائي في القسامة (٤٨٥٦) . قال الألباني: ضعيف .

وروي عن عمر[١] وعلي[٢] رضي الله عنهما أنهما قالا: وفي الرجلين الدية.

ولأنهما من تمام الخلقة، وفيهما الجمال والمنفعة، فهما كالعينين والأذنين.

مسألة: قال: (وفي كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الإبل) خلافاً لإحدى الروايتين عن عمر في قوله: «تقسط الدية على قدر منافع الأصابع، ففي الخنصر ست، وفي البنصر تسع، وفي الوسطى عشر، وفي السبابة اثنا عشر، وفي الإبهام ثلاثة عشر.

دليلنا: ما روى أبوموسى الأشعري أن النبي ﷺ قال: «الأصابع سواء في كل أصبع عشر من الإبل»[٣].

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ قال: «وفي كل أصبع عشر من الإبل»[٤].

ولأن كل جنس كان فيه الدية، فإنه يتقسط على آحاده، ولا يعتبر في ذلك اختلاف المنافع كاليمين والشمال.

مسألة: قال: (وفي كل أنملة ثلث عقلها إلا الإبهام فإنه مفصلان، ففي كل

---

(١) عن عمر: رواه عبدالرزاق بمعناه (١٧٦٨٤).

(٢) عن علي: رواه ابن أبي شيبة (٢٧٦٢٣)، وعبدالرزاق بمعناه (٦٧٩٤).

(٣) رواه النسائي بنحوه في القسامة (٤٨٤٤)، وابن ماجه في الديات (٢٦٥٤). قال الألباني: صحيح.

(٤) أخرجه أبوداود في الديات (٤٥٦٤). قال الألباني: حسن.

مفصل خمس من الإبل) خلافاً لمالك في قوله : في أنملة الإبهام ثلث ديتها، قال : لأنها ثلاث أنامل ، اثنتان ظاهرتان وواحدة باطنة .

دليلنا : أن الدية إنما تتقسط على الظاهر من الأعضاء ولا يعتبر الباطن ، ألا ترى أن لسائر الأصابع أنملة باطنة ولا يعتبر حكمها ، فالظاهر من الإبهام أنملتان فقسطت الدية عليهما .

مسألة : قال : (وفي البطن إذا ضرب فلم يستمسك البول والغائط الدية) وذلك لأنه قد أذهب منفعة العضو فكان فيه الدية ، كما لو ضرب يده فأشلّها، وذلك أن منفعة البطن حبس الغائط والبول، فإذا استرسلا فقد ذهبت منفعته.

مسألة : قال : (وفي ذهاب العقل الدية) ، وذلك لما روى عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال : « وفي العقل مائة من الإبل »[1] .

وكل ما زال بزواله التكليف كان فيه الدية كاملة ، كالروح .

مسألة : قال : (وفي الصعر الدية) والصعر : أن يضربه فيصير الوجه في جانب آخر ، وذلك لما روى مكحول، عن زيد بن ثابت قال : وفي الصعر الدية .

ولأنه أتلف عليه جمال الوجه والمنفعة، فهو كما لو قطع أنفه .

فأما ذهاب الجمال فلا إشكال فيه ، وأما المنفعة فكذلك، وهو أن يحصل بحيث لا ينظر بين يديه .

---

(١) لم أجده من حديث عمرو بن حزام . وأورده البيهقي (٨/ ٨٦) من حديث معاذ وسنده ضعيف . انظر : التلخيص الحبير (٤/ ٢٩) .

وأصل الصعر داء يصيب البعير فيلتوي له عنقه . ومعنى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ ﴾ [لقمان : ١٨] أي لا تمل بوجهك ولا تعرض تكبراً .

مسألة : قال : (وفي المثانة إذا لم يستمسك البول الدية) وذلك لأنه قد أتلف منفعة العضو، فكان فيه الدية، كما لو ضرب يده فأشلّها ، فإن عليه الدية؛ لأنه أذهب منفعتها، كذلك هاهنا منفعة المثانة حبس البول ، فإذا استرسل منها ذهبت منفعتها .

مسألة : قال : (وفي اليد الشلاء ثلث ديتها ، وكذلك العين القائمة والسن السوداء) خلافاً لأكثرهم في قولهم في جميع ذلك: حكومة غير مقدرة، وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى أبوداود قال : حدثنا محمد بن خالد السلمي قال: ثنا مروان بن محمد قال : حدثنا الهيثم بن (حميد) [١] قال : ثنا العلاء بن الحارث قال : حدثني عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال: «قضى رسول الله ﷺ في العين القائمة السادة مكانها بثلث الدية» [٢] .

وروى قتادة، عن خلاس، عن عبدالله بن يزيد [٣] الأسلمي، عن يحيى، عن معمر، عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في العين القائمة إذا خسفت، واليد الشلاء إذا قطعت، والسن السوداء إذا كسرت ثلث دية كل واحدة منها [٤] .

---

(١) في (س) : (كليب) وحميد من أبي داود (٤/ ١٩٠) .

(٢) أخرجه أبوداود في الديات (٤٥٦٧) . قال الألباني : حسن احتمالاً . بهذا السند وبهذا اللفظ، وأخرجه الدارقطني وعنده لفظ (القائمة) العوراء. وزاد : إذا طمست (٣/ ١٢٩).

(٣) في (ب) : بريدة .

(٤) رواه ابن أبي عاصم بنحوه في الديات (١٩٢) ، وأشار إليه البيهقي في السنن الصغرى

ولأن اليد الشلاء قد أقيمت مقام اليد الصحيحة في بعض المواضع ، ألا ترى أن أشل لو قطع يداً صحيحه ، فشاء المقطوع أخذها لم يكن له زيادة على ذلك ، كما لو كانت صحيحة، فجاز أن يتعلق بها مقدر .

ولأنها كاملة الخلق من جهة الصورة، وإنما ليس فيها منفعة ، وهذا لا يمنع أن يكون فيه مقدر، كاليد الضعيفة، وكشعر اللحية عندنا .

ووجه الثانية: أنه ليس في ذلك جمال كامل ولا منفعة ، فلم يجب فيه مقدر، دليله : الشاربين وشعر اليد ، وعكسه اللحية فإنها وإن لم يكن فيها منفعة ففيها جمال كامل، فلهذا وجب فيه مقدر .

قال : (وفي اسكتي المرأة الدية) يعني ذلك الشفرين ، وهو اللحم المحيط بالفرج إحاطة الشفتين ؛ لأنه من خلقة الأصل ، وفيهما الجمال والمنفعة، فإنه لو لم يكن لفرجها شفران لكانت أقبح الناس .

وأما المنفعة: فإنه لولاهما ما التذ بجماعها ، فإذا قطعهما قاطع ففيهما الدية.

مسألة : قال : (وفي موضحة الحر خمس من الإبل، سوء كان رجلاً أو امرأة وهي التي تبرز العظم) .

أما قوله : « في موضحة الحر خمس من الإبل » فقيد بالحر ؛ لأن حكم موضحة العبد يخالف حكم موضحة الحر ، ويأتي الكلام عليه .

فإذا أوضح الحر – وصفتها ما ذكره – ففيها خمس من الإبل، لما روى عمر

(٣٢٧٢) بلفظ : روينا عن عمر .

ابن حزم[1] أنه كان في الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ: «وفي الموضحة خمس من الإبل»[2].

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبدالله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «وفي الموضحة خمس من الإبل»[3]. وروي في ذلك عن علي[4] وزيد[5]، ولا مخالف لهما.

وقوله: «سواء كان رجلاً أو امرأة» يعني به أن موضحة المرأة والرجل سواء في قدر الدية أنها خمس من الإبل، وذلك لأنا قد ذكرنا فيما تقدم أن جراح المرأة تساوي جراح الرجل إلى ثلث الدية فما زاد فعلى النصف، والموضحة أرشها أقل من الثلث، فلهذا تساويا في قدر الدية.

مسألة: قال: (والموضحة في الوجه والرأس سواء) وهي التي تبين العظم، خلافاً لسعيد بن المسيب، وإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله: أنها إذا كانت في الوجه ففيها عشر من الإبل.

وجه ما نقله الخرقي: قوله ﷺ: «وفي الموضحة خمس من الإبل»[6]. والوجه والرأس فيها سواء.

---

(١) في (ب): عمرو بن شعيب.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) رواه الترمذي بنحوه في الديات (١٣٩٠)، وابن ماجه في الديات (٢٦٥٥). قال الألباني: حسن صحيح.

(٤) عن علي: رواه البيهقي (٨/ ٨٤) وقال: منقطع، وابن أبي شيبة (٢٧٣٣١).

(٥) عن زيد: رواه البيهقي (٨/ ٨٢، ٨٤) وقال: منقطع.

(٦) سبق تخريجه.

وأنها موضحة فيها مقدر ، فوجب أن يكون خمساً من الإبل كالتي في الرأس .

ووجه الثانية : أن الشين الذي يحصل بموضحة الوجه أكثر مما يحصل بموضحة الرأس، لأن الوجه يظهر، فلهذا كان فيها زيادة على موضحة الرأس .

مسألة : قال : (وفي الهاشمة عشر من الإبل) وهي التي تبرز العظم وتهشمه، خلافاً لمالك في قوله : لا أعرف الهاشمة ، فإذا أوضحه وهشم فعليه للإيضاح خمس من الإبل ، وفي الهشم حكومة .

دليلنا : ما روى زيد بن ثابت ، أنه قال : في الهاشمة عشر من الإبل [١] ، ولا مخالف له .

ولأنها (تختص باسم تقدمتها شجة فيها مقدر) [٢] ، فوجب أن يكون فيها مقدر كالمأمومة .

وقولنا : « تختص باسم » احتراز من الموضحة إذا زادت كشط العظم فإنها دون الهاشمة وفوق الموضحة، وليس فيها مقدر؛ لأنها لا تختص باسم .

وقولنا : « تقدمتها شجة فيها مقدر » احتراز من السمحاق فإنها تختص باسم ولا مقدر فيها ، لأنه تقدمتها شجة فيها مقدر .

مسألة : قال : (وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل) وهي التي توضح وتهشمه، وتسطو حتى تنقل عظامها ، وذلك لما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « في الجائفة ثلث الدية ، وفي المأمومة ثلث الدية،

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٨٢) عن زيد بن ثابت .

(٢) في (س) : ولأنها شجة تختص باسم تقدمها مقدر .

وفي المنقلة خمس عشرة »[1] .

وروى عمرو بن حزم قال : كان في كتاب رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن : «وفي الموضحة خمس، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي المأمومة ثلث الدية»[2] .

مسألة : قال : (وفي المامومة ثلث الدية) وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ، وذلك لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « وفي الجائفة ثلث الدية ، وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي المنقلة خمس عشرة »[3] .

وروى عمرو بن حزم قال : كان في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن: «وفي المامومة ثلث الدية»[4] وهو قول علي كرم الله وجهه[5] .

ولأنها جراحة يكون فيها التلف غالباً ، فوجب فيها ثلث دية النفس كالجائفة .

مسألة : قال : (وفي الجائفة ثلث الدية ، وهي التي تصل إلى الجوف) وذلك لما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « وفي الجائفة ثلث الدية ، وفي المنقلة خمس عشرة»[6] . وعن عمرو بن حزم قال

---

(١) أخرجه البيهقي بنحوه (٨/ ٨٦) .

(٢) أخرجه النسائي في الديات (٤٨٥٣) . قال الألباني : ضعيف .

(٣) أخرجه النسائي في الديات (٤٨٥٣) وزاد : من الإبل . من حديث عمرو بن حزم وليس ابن عمر . وروى أحمد بنحوه من حديث عبدالله بن عمرو (٢/ ٢١٧) .

(٤) أخرجه النسائي في الديات (٤٨٥٣) ، والدارقطني (٣/ ٢١٠) .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) سبق تخريجه .

في كتاب رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن : «وفي الجائفة ثلث الدية»[1]، وفي بعضها : « ثلث دية النفس »[2].

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « وفي الجائفة ثلث الدية »[3].

ولأنها جراحة تختص باسم يخاف منها التلف غالباً فهي كالمأمومة .

مسألة : قال : (فإن جرحه في جوفه فخرج من الجانب الآخر فهما جائفتان) وذلك لما روي عن أبي بكر رضي الله عنه في رجل رمى رجلاً بسهم فأنفذه، فقضى فيه أبوبكر بثلثي الدية[4].

ولأنها جراحة تختص باسم يخاف منها التلف كما لو أجافه من ظهر إلى بطن .

مسألة : قال : (ومن وطئ زوجته الصغيرة وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية) .

ظاهر كلامه إذا فتقها وكان مثلها يوطأ – هي بنت تسع فصاعداً – فلا شيء خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا اعتبار بذلك، وعليه الدية .

دليلنا : أنه وطء مستحق، فوجب أن لا يضمن ما تلف به ، كما لو كانت

---

(١) أخرجه النسائي في الديات (٤٨٥٣) . وهو الذي سبق تخريجه .

(٢) أخرجه البيهقي (٨/ ٩٣) بلفظ : « وفي الجائفة ثلث النفس » قال الألباني: حسن.

(٣) أخرجه أبوداود بمعناه في الديات (٦٥٦٤) .

(٤) أخرجه البيهقي (٨/ ٨٥) . وعزاه بعضهم لسعيد بن منصور في سننه . ذكره ابن قدامة (٨/ ٥٢) .

بكراً فأزال العذرة .

ولأنه فعل مباح ، فوجب أن لا يضمن سرايته، كقطع السارق ، وعكسه إن كانت صغيرة، فإنه غير مستحق ولا يباح ، وكذلك وطء الأجنبية غير مباح ولا مستحق، فكان الإفضاء مضموناً .

وأما إن كانت صغيرة ففتقها فعليه ثلث الدية إن كان البول محتبساً ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : عليه الدية .

دليلنا : ما روي عن ابن عمر أنه قال : في الإفضاء ثلث الدية [١] .

ولأن هذه جائفة ترفع الحاجز بين مسلك البول والذكر وهي (مثل) [٢] أن يجرحه وينفذ إلى الجوف ، وعكسه إذا رفع الحاجز حتى استطلق البول، لأن فيه الدية .

ولأن هذا حاجز بين منفذين ، فبإتلافه يجب ثلث الدية ، دليله : الحاجز بين المنخرين ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « في الجائفة ثلث الدية»[٣] كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وفي الضلع بعير ، وفي الترقوة بعيران ، وفي الزند أربعة أبعرة ، لأنهما عظمان) .

أما قوله : « في الضلع بعير » يعني به في كل ضلع من الأضلاع .

وأما قوله : « في الترقوة بعيران » يريد في الترقوتين جميعاً . فأما إن كسر

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (س) : مثال .

(٣) سبق تخريجه .

أحدهما ففيها بعير ، نص عليه أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب[1] ؛ لأن الترقوة : هو العظم الممتد من عند ثغرة النحر إلى المنكب ، ولكل أحد ترقوتان، ففي كل واحد بعير، وفيهما بعيران .

وقوله : « في الزند أربعة أبعرة » يعني به الزندين جميعاً من اليدين ، وقد نص أحمد رحمه الله على ذلك في رواية صالح[2] ، وأبي الحارث [3] ، فقال : في كل زند بعيران ، وفيهما أربعة أبعرة ، وجميع ما ذكرنا خلاف للشافعي رحمه الله في قوله : لا يجب في ذلك مقدر وفيه حكومة .

دليلنا : ما روى أسلم، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الضلع جمل، وفي الترقوة جمل[4] .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه

---

(١) هو أحمد بن حميد أبوطالب المشكاني ، روي عن الإمام مسائل كثيرة . وكان أحمد يكرمه ويعظمه ، وكان رجلاً صالحاً فقيراً صبوراً على الفقر ، توفي سنة أربع وأربعين ومائتين . انظر : طبقات الحنابلة (١/ ٣٩، ٤٠) .

(٢) هو ابن الإمام أحمد رحمه الله أبوالفضل ، سمع عن أبيه المسند كاملاً مع أخيه عبدالله ، وروى عن أبيه مجلدين مسائل، وهو أكبر أولاد الإمام أحمد رحمه الله، وتوفي سنة ٢٦٦هـ انظر : طبقات الحنابلة (١/ ١٧٣) .

(٣) هو أحمد بن محمد الصائغ أبوالحارث ، كان عنده عن أبي عبدالله بضعة عشر جزءاً ومسائل . انظر : طبقات الحنابلة (١/ ٧٤) ، وتاريخ (٥/ ١٢٨) .

(٤) عزاه في منار السبيل (٢/ ٣١٤) ، وإرواء الغليل (٧/ ٣٢٨) لسعيد بن منصور . انظر إسناده في المغني (٨/ ٣٧٤) .

قضى في أحد الزندين ببعيرين ، وفيهما جميعاً أربعة أبعرة [١] .

ولأنه لا يخلو إما أن يكون قد انتشر في الصحابة فهو إجماع ، لأنه لم ينقل خلافه ، أو لم ينتشر ويكون قول صحابي مخالف للقياس ، ويحتمل على أنه قاله توقيفاً ، لأن الصحابي لا يخالف القياس إلا إلى التوقيف .

مسألة : قال (والشجاج الذي لا توقيف فيه فالخارصة، وهي التي تخرص الجلد يعني تشقه قليلاً . و قال بعضهم : هي الخارصة، ثم الباضعة : وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم البازلة : وهي التي يسيل منها الدم ، ثم المتلاحمة : وهي التي أخذت في اللحم ، ثم السمحاق : وهي التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة) .

فهذه خمس شجاج دون الموضحة ، فإنه لا يجب فيها مقدر ؛ لما روى مكحول[٢] « أن النبي ﷺ قضى في الموضحة بخمس من الإبل ، ولم يقض بها فيما دونها » [٣] .

ولأنه لم يثبت فيه مقدر بتوقيف، ولا فيه قياس يصح .

ولأن المقدر إنما يجب في جرح مقدر كالموضحة ، وقطع اليدين ، فإذا لم

---

(١) رواه مالك في الموطأ ص(٨٦١) ، والشافعي في مسنده (١١٠٢)، والبيهقي (٨/ ٩٩) كلهم عن أسلم عن عمر.

(٢) هو أبوعبدالله مكحول بن عبدالله الشامي ، كان من سبي كابل ، وكان مولى لامرأة من قيس ، وكان سندياً لا يفصح وهو عالم سمع من أنس بن مالك وغيره ، ويروي عنه الزهري وربيعة الرأي ، مات سنة ١١٨ . انظر : وفيات الأعيان .

(٣) رواه ابن أبي شيبة بنحوه (٢٧٣١٨) .

يكن الجرح مقدراً لم يكن فيه مقدراً .

مسـألة : قال : (وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقت ديته ففيه حكومة، والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبداً لا جناية به ، ثم يقوم وهي به قد برأت، فما نقص من القيمة لزمه مثله من الدية ، كأن قيمته عبد وهو صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون فيه عشر ديته . وعلى هذا ما زاد عن الحكومة ونقص (إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فيكون أسهل مما وقت فيه، فلا يجاوز به الموقت)[1] .

أما قوله : « ما لم يكن فيه من الجراح توقيت، ولم يكن نظيراً لما وقت ديته ففيه حكومة » وهي الشجاج الخمس التي تقدم ذكرها ، أو كسر عظماً ، أو شق لحماً في غير الوجه والرأس فلا توقيت فيه ، ولا هو نظير لما فيه مؤقت ففيه حكومة لما كرنا .

وقوله : « والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبداً له جناية به ثم يقوم وهي به قد برأت » وإنما كان كذلك ، لأن الحر لا يمكن تقويمه ، لأن الحر لا يقوم ، فجعل الحر أصلاً للعبد فيما فيه توقيت ، وجعل العبد أصلاً للحر فيما لا توقيت فيه ، وإنما جعل كل واحد منهما أصلاً للآخر ، لأنه أشبه بصاحبه من غيره ، لأنهما آدميان، ويجب بقتلهما الكفارة، فحمل كل واحد منهما على جنسه .

وقوله : « إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فيكون أسهل مما وقت فيه فلا يجاوز به المؤقت »، فلذلك مثل الشجاج الخمس التي ذكرنا لا توقيت

(١) ما بين القوسين من (ب) .

فيها، وهي أسهل مما وقت فيه من الموضحة والهاشمة ، لأنها دونها في الجناية، فلا تجاوز قيمتها أرش الموضحة ، وهو قدر أرش الموضحة .

فظاهر كلامه أنه منع من المجاوز، ولم يمنع من المساواة ، والمذهب أنه لا يبلغ بها أرش الموضحة ، لأن أرش الموضحة ثبت نصاً، وهذه الحكومة بالاجتهاد، فلا يبلغ بالاجتهاد ما ثبت بالنص كالتعزير والحد .

ولأنا نعلم أنها دون الموضحة، فلا يجب فيها ما يجب في الموضحة.

مسألة : قال : (وإذا كانت الجناية على العبد مما ليس فيه من الحر شيء مؤقت ففيه ما نقصه بعد التئام الجراح ، وإن كان فيما جنى عليه شيء مؤقت فهو مؤقت في العبد، ففي يده نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أكثر من ذلك أو أقل ، وهكذا الأمة) .

أما إذا كانت الجناية على العبد مما ليس فيه من الحر شيء مؤقت فذلك مثل الجراح الخمسة ، الخارصة ، والباضعة ، والمتلاحمة ، والسمحاق ، وكسر عظم ، وشق اللحم من غير الوجه والرأس، فلا توقيت فيها في حق الحر، ولا توقيت فيها في حق العبد، فيكون فيها ما نقص من قيمته بعد التئام الجراح – يعني بعد اندماله – ؛ لأنه لا مقدر فيها، فيجب أن يكون فيه ما نقص كسائر المملوكات إذا جنى عليها فإن فيها ما نقص .

وإنما اعتبر فيه ذلك بعد التئام الجرح في الحر والعبد ، لأن في تلك الحال استقر أرش الجناية ، وقبل الاندمال فهو غير مستقر لجواز الزيادة عليه ، وهذا إنما يكون في الجناية إذا كان لها شين ونقص بعد الاندمال ، فأما إن لم يكن لها شيء ونقص، مثل إن قطع إصبعاً زائدة ، أو سناً زائدة ، أو كانت شجة في

وجهه فزادته بعد الاندمال حسناً، فإن في هذه الأشياء حكومة، نص عليه أحمد رحمه الله في رواية مهنا[1] ، إلا أن قيمته يجب أن تكون عند أقرب الأحوال إلى الاندمال، فإذا كان هناك نقص قُوّم والدم جار لتعذر التقويم بعد الاندمال، فإن تعذر ذلك قوم على ما يمكن ، كما قلنا في ولد الأمة تعلق بحر بشبهة، فعلى الواطئ قيمته ، ولا يمكن تقويمه حين العلوق ، ويقوم في أول أوقات إمكان التقويم ، كذلك هاهنا قوم والدم جار ، لأنه هو الوقت الذي يمكن أن يكون لهذه الجناية أرش .

وأما إن كان مما جنى عليه شيء مؤقت في الحر فهو مؤقت في العبد ، كالموضحة ، والهاشمة ، والمنقلة ، والجائفة ، والمأمومة ، واليد ، والرجل، والعين، والأنف ، ونحو ذلك مما له أرش مقدر من ديته، ففيها من العبد مقدر من قيمته، ففي أنف الحر ولسانه وذكره دية ، وفي كل واحد منهما في العبد قيمته، وفي يد الحر نصف ديته، وفي يد العبد نصف قيمته ، وفي أصبع الحر عشر ديته ، وفي أصبع العبد عشر قيمته ، وفي موضحة الحر نصف عشر ديته ، وفي العبد نصف عشر قيمته .

وقد روي عن أحمد رحمه الله في جميع ذلك ما نقص - سواء كانت

---

(١) هو : مهنا بن يحيى الشامي السلمي ، أبو عبدالله ، حدّث عن أحمد وسمرة بن ربيعة وإبراهيم النيسابوري وعبدالله بن أحمد وغيرهم ، وهو من كبار أصحاب أبي عبدالله ، روى عنه كثيراً من المسائل ، وكان أبو عبدالله يكرمه وصحبه إلى أن مات.

انظر : طبقات الحنابلة (١/ ٤٤٥) ، وتاريخ بغداد (١٣/ ٣٦٦) ، والإنصاف (١٠/ ١١٧، ١١٨).

الجناية مما يجب فيها دية الحر أو دونها - فإنه يجب بها في العبد ما نقصه، وخلافاً لمالك في قوله: الجناية على العبد مضمونة بما نقص إلا أربع مواضع: الموضحة، والمنقلة ، والمأمومة ، والجائفة ، فيضمن ذلك بقدر من قيمته مثل قدر ذلك من دية الحر .

وجه ما نقله الخرقي : أنه حيوان يجب بقتله الكفارة ، فوجب أن يكون لأطرافه أرش مقدر كالحر ، ولأن اعتباره بالحر أولى من اعتباره بالبهائم ، لأنه مكلف مخاطب (مثاب) [1] ومعاقب ، ويجب بقتله الكفارة والقصاص، وهذا معدوم بالبهائم ، وكان اعتباره بالحر أولى .

وكل جناية لو كانت على الحر وجب بها أرش مقدر في ديته ، فإن كانت على العبد وجب بها أرش في قيمته ، دليله : الشجاج الأربع ، وكل حيوان[2] أشجاجه مقدرة الأرش كانت أطرافه مقدرة الأرش كالحر ، وعكسه البهائم .

ووجه الرواية الثانية : أنها جناية على عبد فلم يكن أرشها مقدراً ، دليله : الجناية على (نفسه) [3] وعلى الشجاج التي لا توقيت فيها إذا كانت في الحر كالخارصة ونحوها .

وقوله : « وكذلك الأمة » يعني أن الجناية عليها فيما لا تقدير فيه معتبراً بالنقصان، وما فيه مقدر معتبر من قيمتها كما قلنا في العبد ، والوجه فيه ما تقدم .

مسألة : قال : (وإن كان المقتول خنثى مشكل ففيه نصف دية ذكر ونصف

---

(١) في (ب) : مثاب .

(٢) في (ب) : كانت .

(٣) في (س) : بعضه .

دية أنثى) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يجب فيه اليقين، وهو دية أنثى .

دليلنا : أنه يحتمل أن يكون ذكراً وتكون ديته دية ذكر ، ويحتمل أن يكون أنثى فتكون ديته دية امرأة ، ولا طريق لنا لمعرفة أحدهما ؛ لأنه قد أتى عليه الزمان الذي نتوقع فيه رفع الإشكال وما زال .

ولأنا قد آيسنا من أن ينكشف لنا أحد المجوزين، فحكمنا بنصف الأمرين، لأنه أوسط الأمور وأقربها ، ومثل هذا روي أن قوماً اعتصموا بالسجود فقتلهم خالد بن الوليد ، فأنكر النبي ﷺ عليه ووداهم بنصف الدية لكل واحد منهم[1] . وإنما فعل هذا لأنه يحتمل أن يكونوا كفاراً فلا دية لهم، ويحتمل أن يكونوا مسلمين فيكون لهم الدية ، وكذلك قضى في الجنين إذا سقط ميتاً بغرة عبد أو أمة ؛ لأنه يحتمل أن يكون حال الضربة ميتاً فلا دية ، ويحتمل أن يكون حياً فيكون فيه دية كاملة، فقضى بالغرة واسطة بين الأمرين ، وكذلك قضينا في[2] عمد الخطأ بإسقاط القود ، لأنه أخذ شبهاً من القتل الخطأ ، لان الآلة لا يقتل مثلها فأسقطنا القود ، وشبهاً من العمد ، لأنه قصد قتله فغلظنا الدية، فأعطيناه منها من كل واحد منهما .

ولأن ورثة الخنثى يقولون: هو ذكر ولنا جميع دية الذكر . والقاتل يقول: بل هو خنثى فلكم ن نصف دية الرجل ، فلم يجب أن يغلب قول أحدهما ، كما لو تداعيا نفسان عبداً في أيديهما ولا بينة لكل واحد منهما ، فإنه يكون بينهما،

---

(١) رواه ابن أبي عاصم في الديات (١٧٧)، والطبراني في الكبير (٣٨٣٦) . قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٢٥٣) : رجاله ثقات .

(٢) في (ب) : قتل .

كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا كان المجني عليه نصفه حراً فلا قود على الجاني إن كان عبداً نصف دية حر ونصف قيمته ، وهكذا في جراحه ، وإن كان خطأ ففي ماله نصف قيمته، وعلى عاقلته نصف الدية) .

إنما لم يجب القود إذا كان القاتل حراً ؛ لأن المقتول ناقص بالرق، فلم يقتل به الحر ، دليله : إذا كان جميعه عبداً .

وإذا كان[1] لم يقد به كان في ماله نصف ديته ، لأن نصفه حراً والقتل عمداً والعاقلة لا تحمل العمد ونصف قيمته ، لأن النصف الآخر عبد فهو مضمون بالقيمة في ماله إذا كان القتل خطأ، فعلى العاقلة نصف ديته ؛ لأنه صار حراً ، والعاقلة تحمل دية الحر خطأ ، وعليه في ماله نصف قيمته ؛ لأن العاقلة لا تحمل العبد .

* * *

(١) (كان) : ساقطة من (ب) .

كتاب القسامة

الأصل الذي يذهب إليه الفقهاء في القسامة : أنها عبارة عن أيمان إذا كثرت يقال : قسامة على وجه المبالغة .

والذي ذهب إليه أهل اللغة في القسامة : هي عبارة عن القوم الذين يحلفون ، وهو أقسم يقسم[1] قسماً وقسامة، يعبرون بالمصدر عن الاسم[2]، وأي الأمرين كان فهي من القسم، وهو الحلف .

والأصل فيها قصة خيبر، ويأتي شرحها في أثناء الكتاب .

مسألة : قال أبو القاسم : (وإذا وجد قتيل ، فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولا لوث ولم يكن بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها ، وإن كان بينهم عداوة ولوث وادعى أولياؤه على (واحد)[3] وأنكر المدعى (عليه)[4]، ولم يكن للأولياء بينة حلف الأولياء خمسين يميناً على قاتله، واستحقوا دمه إن كانت الدعوى عمداً) .

أما إذا لم يكن بينهم عداوة ولا لوث فالقول قول المدعى عليه ، لأنه ليس مع المدعي ما يغلب على الظن صدقه في قوله، فوجب أن يكون القول قول المنكر كسائر الدعاوى ، وعكسه إذا كان بينهما عداوة ولوث ، فإن مع المدعي

---

(١) في (ب) : زيادة أقساماً .
(٢) انظر : تاج العروس (٩/ ٢٦) .
(٣) في (ب) : قوم .
(٤) في (ب) : عليهم .

ما يغلب على الظن صدقه ؛ فلهذا كان القول قوله ، وإذا ثبت أن القول قول المدعى عليهم فنقل الخرقي أن القول قولهم بغير يمين ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يستحلف في دعوى القصاص ، وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل هذا .

وجه ما نقله الخرقي : أن من أصلنا أن للنكول بدلاً ، ويدل هذا الإنكال[1] لا تصح ، فلا تكون اليمين حقاً للمدعى عليه ، لأنه يمكنه إسقاطها عن نفسه من غير شيء يلزمه إذا نكل ، فيصير ناكلاً ، ويدلها لا يصح باليمين ، إنما تكون حقاً على المدعى عليه إذا لم يمكنه إسقاطها عن نفسه بالأيمان يلزمه الحق المدعى عليه .

والذي يدل على أن النكول بدل : أنه مخير بين أن ينكل عن اليمين أو لا ينكل ويحلف، فتبرأ ذمته من حق الغير ، فإذا نكل وجب أن يكون للنكول بدلاً ، ألا ترى أنه لما كان مخيراً بين أن يهب ماله وبين أن لا يهب كانت الهبة بدلاً ، ولا يلزم عليه الإقرار ؛ لأن الإنسان لا يكون مخيراً بين أن يقر ولا يقر ؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون الحق عليه فلا يسعه أن لا يقر ، أو لا يكون عليه فلا يسعه إلا أن يقر ، لأنه يكون كاذباً ، وليس كذلك هاهنا ، لأنه إذا كان بريء الذمة من حق الغير فله أن يحلف فيكون ناكلاً ، وله أن لا يحلف وينكل ، فيسعه أيضاً ، فيجب النكول بدلاً كما قلنا في الهبة .

ووجه الثانية : عموم قوله ﷺ : « على المنكر اليمين »[2] وهذا عام .

---

(١) في (ب) : الأشياء .

(٢) سبق تخريجه .

ولأنه منكر في مقابلة دعوى تحتمل الصدق والكذب، فكان عليه اليمين، دليله : الأموال .

وأما إن كان بينهم عداوة ولوث فالقول قول المدعين مع أيمانهم ، فإذا حلفوا استحقوا القود إن كانت الدعوى قتل عمد ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: البداية بإيمان المدعى عليهم ، وخلافاً للشافعي رحمه الله في قوله الجديد : يلزم المدعى عليهم الدية دون القود .

والدلالة على أبي حنيفة : ما روى ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر إلا في القتيل»[١] . فجعل اليمين على من أنكر، واستثنى القسامة ، ثبت أنه لا يكون فيها اليمين على من أنكر ، وإذا ثبت أنها لا تكون على من أنكر علم أنها على من لم[٢] ينكر ، واعتمد أحمد رحمه الله في المسألة على حديث سهل بن أبي حثمة أنه أخبر عن رجل من كبراء قومه أن عبدالله و محيصة خرجا إلى خيبر (وتفرقا) [٣] في حوائجهما ، فأخبر محيصة أن عبدالله قتل وطرح في قبر أو بئر، فأتى يهود فقال : أنتم قتلتوه ، فقالوا : ما قتلناه ، فقدم على قومه بالمدينة، فأقبل أخوه حويصة وعبدالرحمن بن سهل أخو المقتول إلى النبي ﷺ ، فأراد محيصة أن يتكلم، فقال النبي ﷺ : « كبر كبر » فرد اليمين ، فتكلم حويصة ثم محيصة ،

---

(١) لم أجده عن ابن عباس . وجاء نحوه عن أبي هريرة : رواه الدارقطني (٣/ ١١٠) . وعن ابن عمرو : رواه الدارقطني (٣/ ١١١) ، والبيهقي (٨/ ١٢٣) .

(٢) (لم) ساقطة من (ب) .

(٣) في (س) : تفرقا .

فقال النبي ﷺ: « إما أن يدوا صاحبكم أو يؤذنوا بحرب » فكتب إليهم فقالوا: والله ما قتلناه، فقال لحويصة ومحيصة وعبدالرحمن بن سهل: تحلفون وتستحقون دم صاحبكم، فقالوا: « لا » فقال: « يحلفون اليهود » قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه النبي ﷺ من عنده مائة ناقة، فأدخلت داره، فقال سهل: «لقد ركضتني منها ناقة حمراء»[1].

وروى سفيان والليث بن سعد وحماد بن زيد عن يحيى بن سعد، عن بشير بن يسار، عن سهل بن أبي حثمة فذكر الخبر مثل حديث عبدالرحمن ابن أبي ليلى وفيه: « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم – أو قتيلكم – » قالوا: كيف نحلف ولم نشاهد؟ قال: « فتبرئكم يهود خمسين يميناً » قالوا: كيف نرضى أيمان قوم كفار؟ فوداه النبي ﷺ من عنده[2].

فوجه الدلالة: أنه قال: « تحلفون وتستحفون دم صاحبكم » فأثبت الاستحقاق لهم بأيمان منهم ونقلها إلى اليهود فقال: «تبرئكم بخمسين يميناً».

ولأن الأصول موضوعة على أن كل متداعيين تداعياً شيئاً أن (اليمين)[3] تكون في جنبة من هو أقواهما سبباً، بدليل أن من ادعى على رجل حقاً في ذمته فأنكره، فالقول قول ذي الذمة مع يمينه؛ لأنه أقوى سبباً من المدعي، لأن الأصل براءة ذمته؛ وكذا من ادعى على رجل داراً أو دابة في يده، فأنكر الشيء

---

(١) هذا الحديث متفق عليه. أخرجه البخاري في الأحكام (٦٧٦٩)، ومسلم في القسامة (١٦٦٩).

(٢) أخرجه البخاري بنحوه في الأدب (٥٧٩١)، ومسلم في القسامة (١٦٦٩).

(٣) في (س): يمين.

في يده، فالقول قول صاحب اليد ، لأنه أقوى سبباً ؛ لأن الشيء في يده فالظاهر أنه مالكه ، كذلك هاهنا إذا ادّعى ولي الدم وحصل معه اللوث دل على صدقه فقد قويت جنبته بذلك ، فوجب أن تكون اليمين في جنبته .

والدلالة على الشافعي رحمه الله في ثبوت القود بالقسامة قول النبي ﷺ: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم»[(١)] .

والمراد بذلك دم قاتل صاحبكم ، وليس المراد به دم المقتول؛ لأن دم المقتول قد هدر وبطل .

وروى حماد بن زيد ، عن يحيى بن سعيد ، عن بشير بن يسار ، عن سهل ابن أبي حثمة أن النبي ﷺ قال للأنصار : «يقسم منكم خمسون رجلاً على رجل منهم فيدفع برمته»[(٢)] .

فالظاهر من هذا أنه يرفع القتل ، كما أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فقتله فسئل علي عليه السلام عن ذلك فقال : «إن أتى بأربعة شهداء وإلا يعطى برمته»[(٣)] .

وروى الأثرم قال :حدثنا موسى بن إسماعيل قال: حدثنا حماد، عن قتادة ، عن علي بن الأحول، عن المغيرة أن رسول الله ﷺ: «أقاد بالقسامة بالطائف»[(٤)] .

---

(١) رواه مسلم في القسامة (١٦٦٩-٢) .

(٢) رواه البيهقي (٨/ ٢٣٠) عن علي موقوفاً .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) رواه أبوداود في المراسيل (٢٦٩) بالسند المذكور ، ولكن فيه : قتادة وعاصم الأحول.

ولأن القود أحد بدلي النفس، فوجب أن يستحقوا بالقسامة، دليله: الدية.

ولأن اليمين واللوث حجة ثبت بها القتل العمد المحض، فجاز أن يثبت (بها) [١] القود، كالشاهدين .

ولأنا إنما جعلنا قول المدعي في نفسه وحده احتياطاً للدم ، فلو أسقطنا القول لبطل هذا المعنى .

مسألة: قال: (فإن لم يحلف الأولياء حلف المدعى عليه خمسين يميناً).

(وقولهم : ولا قياس للأصول أن اليمين في جنبة المدعى عليه ، وإنما قدمناها في القسامة في حق المدعي لقوة جنبته باللوث ، فإذا نكل عنها رددناها إلى المدعى عليه) [٢] .

مسألة : قال : (فإن لم يحلف (المدعون) [٣] ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال) وذلك لما روي في قصة الأنصار مع اليهود قال النبي ﷺ : « تسمون قاتلكم وتحلفون عليه خمسين يميناً ونسلمه إليكم» قالوا : يا رسول الله ، ما كنا لنحلف على ما لا نعلم . قال : « فيحلفون بالله لكم خمسين يميناً ما قتلوه ولا علموا قاتلاً ثم يبرءون من دمه» قالوا: يا رسول الله، ما كنا نقبل أيمان يهود، وما فيهم من الكفر أعظم من أن يحلفون على إثم ، فوداه النبي ﷺ من عنده مائة ناقة[٤] . وهذا نص .

---

(١) (بها) : لم تذكر بـ (س) .

(٢) ما بين القوسين سقط من (ب) .

(٣) في (ب) : الأولياء .

(٤) سبق تخريجه .

ولأنا إنما أوجبنا القسامة مع اللوث حفظاً للدماء وحراسة لها ، فلو قلنا: لا يفديه الإمام من بيت المال لأدى ذلك إلى ذهاب الدم ، لأنا لا نقول: اليمين على المدعين ، ولا نقول بالقضاء بالنكول ، لأن المستحق هو الدم ، والدم لا يستحق بالنكول .

مسألة : قال : (فإن شهدت البينة (العادلة)[1] أن المقتول قال : دمي عند فلان فليس بموجب للقسامة ما لم يكن لوث) ، خلافاً لمالك في قوله : يكون ذلك لوثاً على الذي أقر أنه قتله .

دليلنا : قوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[2] . ولم يفصل .

ولأن كل من لم يقبل إقراره عليه بمال (   )[3] فبأن لا يقبل إقراره بالدم أولى .

مسألة : قال : (والنساء والصبيان لا يقسمون) أما الصبيان فلا مدخل لهم في أيمان القسامة أيضاً في العمد والخطأ ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لهم مدخل في قسامة الخطأ دون العمد[4] .

دليلنا : ما روي أن النبي ﷺ قال للأنصار : « يحلف منكم خمسون رجلاً

---

(١) ما بين القوسين سقط من (س) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) يوجد بين القوسين في (س) : (لم يقرره عليه المال) .

(٤) سبق تخريجه .

وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم »[1] (فشرط)[2] الاستحقاق (للدم)[3] (الأيمان)[4] من الرجال .

ولأنها حجة لا يثبت بها قتل العمد، فلا تسمع في القسامة ، دليله : الشهادة من النساء في القتل .

ولأن كل من لا يثبت بقوله قتل العمد لا تسمع يمينه في القسامة كالنساء والصبيان ، وعكسه الرجل البالغ .

ولأن الدعوى إذا كانت على خطأ فلا يمين في قسامة، فيجب أن لا يسمع من النساء ، دليله : إذا كانت الدعوى عمداً .

ولأن الخطأ وإن كان يضمن مالاً محضاً فالنساء لا مدخل لهم في المال، فإن المال لا يثبت إلا بعد ثبوت القتل ، والنساء لا مدخل لهم في ثبوت القتل ، وجرى هذا مجرى رجلاً ادَّعى زوجية امرأة ميتة ليرثها، ولا بينة له، لم تقبل دعواه ، فإن قال : أنا أقيم شاهداً وامرأتين على ذلك لم تسمع هذه الشهادة ، وإن أفادت مالاً (حسنت)[5] ؛ لأن ثبوت الميراث له يتضمن ثبوت النكاح ، والنكاح لا يثبت بشهادة النساء .

مسألة : قال : (وإذا خلف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم، وحلف كل واحد منهم سبع عشر يميناً)، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يلزم كل

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (س) : فتوقى .

(٣) في (س) : الدم .

(٤) في س(س) : للأيمان .

(٥) هكذا في المخطوط .

واحد منهم خمسون يميناً ، فجعل الخمسين يميناً على جماعتهم ، ولم يقل: يحلف كل واحد منهم خمسين يميناً ، وكل حجة ثبت بها دعوى الجماعة ، كالبينة لما كانت ثبت بها الحق لو لم يكن للميت إلا وارث واحد ثبت بها أيضاً وإن كان له جماعة .

وأما قولهم : « جبر الكسر على كل واحد منهم » فذلك لأن اليمين لا تتبعض فكملت، فجعل في كل واحد منهم سبعة عشر يميناً .

مسألة : قال : (وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً أو حراً أو عبداً إذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه إذا ثبت عليه القتل ؛ لأن القسامة توجب القود إلا أن يحب الأولياء الدية) وذلك لأن القسامة حجة ثبت بها دعوى القتل العمد، فلم يفترق الحال بين ثبوته على مسلم أو كافر أو حر أو عبد كالبينة ، إلا أن المقتول إن كان كافراً أو عبداً والمدعى عليه حراً مسلماً فلا قود ، كما لو ثبت القتل ببينة وكانت الدية في ماله ، لأن العاقلة لا تحمل العمد ، وإن كان مساوياً له في الكفر والعبودية والحرية وجب القود ، وقد دللنا عليه إلا أن يحب الأولياء الدية فلهم ذلك ، لأنها حجة ثبت بها القود، فجاز للأولياء المطالبة بالدية ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وليس للأولياء أن (يقسموا) [1] على أكثر من واحد) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: لهم أن يقسموا على جماعة .

دليلنا : أن من أصلنا أن القسامة توجب القود، وكان القياس يقتضي أن لا يجب القود ، لأن اللوث شبهة يغلب على الظن صدق المدعي ، والقود لا

---

(١) في (س) : يفيدوا .

يثبت بالشبهات بل يسقط .

ولأن القاتل يطلب خلوات المقتول، فتعذر إقامة البينة على أنه قتله، فحكمنا فيه باللوث احتياطاً للدم كي لا يهدر، إلا أنا تركنا القياس الواحد ثلاثة أشياء :

أحدها : الخبر، وهو قول النبي ﷺ : « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم ويقتل ويدفع برمته » .

والثاني : أن المقتول له قاتل لابد منه ، والواحد متيقن، وغيره مشكوك فيه لا يعلم ، فلا يتعدى إلى اليقين .

والثالث : أنا إنما أوجبنا القتل في القسامة لحصول الردع والزجر ، ويقتل الواحد من الجماعة يحصل ذلك ، لأن كل واحد متخوف أن يكون هو الذي يختاره الأولياء ، والخوف أشد من القتل ، فإذا كان المعنى موجوداً في الواحد لم يجز أن يزاد عليه بشبهة فيه .

مسألة : قال : (ومن قتل نفساً محرمة أو شارك فيها ، أو ضرب بطن امرأة حرة كانت أو أمة، فألقت جنيناً ميتاً، وكان القتل خطأ، فعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة إلى الله) أما إذا انفرد بقتل نفس محرمة حرة خطأ فعليه الكفارة لقوله تعالى : ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء : ٩٢] .

وأما إذا شارك في قتلها فعليه الكفارة أيضاً في حق كل واحد منهما ، خلافاً لعثمان البتي[١] في قوله : يجب على الجميع كفارة واحدة .

دليلنا : أنها كفارة تجب على وجه البدل ، فإذا اشترك في سبب وجوبها وجب على كل واحد منهما كفارة بكمالها ، دليله : كفارة الطيب واللباس ، ولا يدخل عليه جزاء الصيد ، لأنها تجب على طريق البدل ، ألا تراه يختلف باختلاف حال المقتول .

ولأن العلة في وجوب كفارة الآدمي أنه أتلف نفساً وهو ممنوع منها لحق الله تعالى ، وهذا موجود في (حق)[٢] كل واحد منهما .

وأما إن ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه كفارة أيضاً مع الغرة ، وقد حكينا خلاف أبي حنيفة أنه لا كفارة فيه ، ودللنا عليه بأنها نفس ضمنت بالدية فضمنت بالكفارة ، دليله : الكبير إذا قتل خطأ .

وقوله : « أمة كانت أو حرة » فمعناه أن الكفارة تجب بقتل العبد كما تجب بقتل الحر ، خلافاً لمالك رحمه الله في قوله : لا تجب بقتل العبد.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

ولأنه آدمي يجب بقتله القود، فوجب بقتله الكفارة كالحر .

فأما صفة الكفارة : وهي عتق رقبة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فهل يطعم ستين مسكيناً ؟ ظاهر كلام الخرقي أنه لا يطعم، بل

---

(١) هو : عثمان بن سليمان البتي ، أحد فقهاء البصرة ومفتيها ، وهو من أهل الكوفة وانتقل إلى البصرة ، توفي سنة ١٤٣هـ . انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص(٩١).

(٢) ما بين القوسين سقط من (س) .

يثبت الصيام في ذمته ، لأنه قال : فمن لم يجد فصيام ، ولم يذكر الإطعام .

وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يطعم ، وللشافعي رحمه الله قولان .

وجه ما نقله الخرقي : قوله تعالى : ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ ولم يذكر الإطعام .

ولأنها كفارة تجب بإتلاف نفس فكان آخرها الصوم ، دليله : قتل الصيد.

ووجه الثانية : أنها كفارة فيها عتق له بدل، فكان فيها إطعام ، دليله : الظهار والوطء في شهر رمضان .

مسألة : قال : (وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله ما يدل على أن قاتل العمد عليه كفارة أيضاً تحرير رقبة مؤمنة) وقد روي عن أحمد رواية أخرى: لا كفارة في قتل العمد ، وبه قال أبو حنيفة .

وجه ما نقله الخرقي : أن فيه كفارة ، وهو قول الشافعي : ما روى واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبي ﷺ بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل (فقال)[1] «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى عنه بكل عضو منها عضواً منه من النار»[2] . وهذا (دليل على وجوب الكفارة)[3] على قتل العمد ؛ لأن قتل الخطأ لا يستوجب به النار .

---

(١) في (س) : قالوا .

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٩٠) ، وأبوداود في العتق (٣٩٦٤) ، والنسائي في الكبرى (٤٨٧١، ٧٤٨٤). صححه السيوطي في الجامع الصغير (١/ ٤٥). وقال الألباني: ضعيف .

(٣) في المخطوطين (قادر) وما بين القوسين لا يستقيم الكلام إلا به .

وأيضاً روى عمر رضي الله عنه قال : قلت : يا رسول الله إني وأدت في الجاهلية فقال : « أعتق عن كل موؤدة رقبة »[1] وهذا قتل عمد .

ولأنه أتلف نفساً مضمونة ، فوجب أن يلزمه الكفارة ، قياساً على الخطأ.

ولأنه أتلف خطأ تعلقت به الكفارة ، ودليله : قتل الصيد .

ووجه الثانية في نفي وجوب الكفارة : قوله تعالى : ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء : ٩٢] فشرط في الخطأ الكفارة ، وذكر في العمد القصاص ، ولم يذكر كفارة، لقوله تعالى : ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة : ١٧٨] .

وقوله ﷺ : « كتاب الله عز وجل القصاص »[2] فأخبر أن حكم العمد القصاص فقط .

وروي أن مُحلّم بن جثامة قتل رجلاً فأوجب النبي ﷺ القود ولم يوجب الكفارة[3] ، فلو كانت واجبة لبينها لجهل القاتل بوجوبها عليه ، فلما لم يبينها دل على أنها لم تكن واجبة .

وروي أن سويد بن الصامت الأنصاري قتل رجلاً من المسلمين ، قد كان آخاه في الجاهلية؛ فأوجب النبي ﷺ القود، ولم يوجب الكفارة[4] .

ولأنه فعل يوجب القتل، فوجب أن لا يوجب الكفارة ، دليله : الزنا

(١) رواه عبدالرزاق في تفسيره (٣٤١٥)، والبيهقي(٨/ ١١٦) عن عمر بن الخطاب قال : قال جاء قيس بن عاصم ... إلخ . فالقائل هو قيس لا عمر .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) رواه أبوداود في الديات (٤٥٠٣) قال الألباني: ضعيف .

(٤) رواه الطبراني في الكبير (٣٠١٧) ، والبيهقي (٨/ ٥٧) .

الموجب للرجم ، ولا يلزم عليه إذا زنى في رمضان وهو محصن ، لأن الموجب للكفارة هتك حرمة الصوم دون الفعل الموجب للقتل .

ولأن الكفارة حق مالي، فلم يجب مع القود ، دليله : الدية .

مسألة : قال : (وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه إلا عدلان ، وما أوجب من الجنايات المال دون القود قبل فيه رجل وامرأتان أو رجل عدل ويمين الطالب).

أما ما أوجب القتل فلا يقبل فيه النساء لقوله تعالى : ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة : ٢٨٢].

ولأن الحدود لا يقبل فيها النساء فيما يضمن الإتلاف ، وإذا ثبت أنه يقبل فيها الرجال بانفرادهم فيجزئ في ذلك رجلان ، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى: لا يقبل أقل من أربعة .

وجه ما نقله الخرقي : أنه أحد نوعي القصاص، فقبل فيه شاهدان ، كالجناية على الأطراف .

ووجه الثانية : أنها شهادة أثبتت فعلاً يوجب القتل ، فأشبه الزنا ، فأما إن كانت موجبة للمال كقتل الخطأ والجائفة والمأمومة وقتل العمد ونحو ذلك، فإنه يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال . وقال أبوبكر بن جعفر من أصحابنا : لا تقبل فيه النساء.

وجه ما نقله الخرقي : أنها شهادة على مال ، أشبه سائر الأموال .

ووجه قول أبي بكر : أنها شهادة على قتل لم تثبت بالنساء . دليله : قتل العمد ، يبين صحة هذا : أنه لم يكن للنساء مدخل في قسامة الخطأ الذي يوجب المال لما لم يكن لهن مدخل في قسامة العمد الذي يوجب القود ، كذلك هاهنا .

* * *

كتاب قتال أهل البغي

الأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ [الحجرات : ٩] .

قيل في التفسير : إن هذه الآية نزلت في رجلين اقتتلا ، وقيل : إن النبي ﷺ كان يخطب، فعارضه عبدالله بن أبي بن سلول فأعانه قوم، وأعان عليه قوم، فاقتتلوا، فأصلح بينهما، فأنزل الله عز وجل هذه الآية في شأنهم . وهذا هو الأصح .

ومن هذه الآية فوائد : أحدها : أن البغاة ليسوا بكفار ، لأنه تعالى سماهم مؤمنين في حال البغي فقال : ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا ﴾ .

والثانية : أنه أوجب قتال الباغية ؛ لأنه قال تعالى : ﴿فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي ﴾ .

والثالثة : أن قتالهم إلى حد وغاية، وهو أن يرجعوا إلى الطاعة ويفيئوا إلى أمر الله تعالى .

والرابعة : أنه لا تبعة عليهم في دم ولا مال ؛ لأن الله تعالى أمر بالإصلاح ولم يتعرض للتبعة في دم ولا مال .

والخامسة : أن كل[1] من عليه حق وجب وامتنع من أدائه فإن للإمام أن يقاتله حتى يخرج منه ، لأن البغاة لما امتنعوا من طاعة الإمام وخرجوا عن أمر

(١) في (ب) : (كان) بعد (كل) .

الله عز وجل الواجب (عليهم) [١] أوجب قتالهم ، وقد روي في الباب أخبار كثيرة تدل على لزوم الطاعة للأئمة والجماعة ، فروى ابن عمر [٢] وأبوهريرة [٣] وسلمة بن الأكوع [٤] أن النبي ﷺ قال: « من حمل علينا السلاح فليس منا » .

وروى أبوهريرة عن النبي ﷺ قال : « من خرج عن الطاعة وفارق الجماعة ومات مات ميتة جاهلية » [٥] .

وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « من فارق الجماعة شبراً خلع ربقة الإسلام من عنقه » [٦] .

وعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من خلع يده من طاعة إمامه جاء ولا حجة له عند ربه يوم القيامة ، ومن مات وليس في عنقه بيعة فقد مات ميتة جاهلية » [٧] .

مسألة : قال أبوالقاسم رحمه الله : (وإذا اتفق المسلمون على إمام، فمن خرج عليه من المسلمين يطلب مكانه حوربوا ودفعوا عن ذلك بأسهل ما يعلم أنه يندفع به ، فإن آل ما دفعوا به إلى نفوسهم فلا شيء على الدافع) .

أما جواز قتالهم ومحاربتهم فالدلالة عليه ما تقدم من الآية في أصل

---

(١) في (س) : عليه .

(٢) أخرجه البخاري في الديات (٦٤٨٠)، ومسلم في الإيمان (٩٨) . عن ابن عمر.

(٣) رواه مسلم في الإيمان (١٠١) بنحوه .

(٤) رواه مسلم في الإيمان (٩٩) بنحوه .

(٥) أخرجه مسلم بنحوه في الإمارة (١٨٤٨) .

(٦) رواه البخاري في الفتن (٦٦٤٦) بنحوه ، ومسلم في الإمارة (١٨٤٩) .

(٧) أخرجه مسلم في الإمارة (١٨٥١) بنحوه .

الكتاب وهو قوله تعالى : ﴿فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي﴾ .

وقوله « ودفعوا عن ذلك بأسهل ما يعلم » وذلك لأن القصد من أهل البغي تفرقتهم (وتبديد جمعهم) [1] وليس القصد قتالهم ؛ فلهذا المعنى كان عليهم دفعهم بما يعلم (تفريقهم) [2] .

وقوله « فإن آل ما دفعوا به إلى نفوسهم فلا شيء على الدافع » وذلك لأن على أهل العدل أن يقاتلوا أهل البغي واجباً ، وإذا كان القتال واجباً عليهم فلابد من أن يقتلوا في حال القتال ، وإذا لم يكن لهم من هذا بد وجب أن لا يضمنوا .

ولأن أهل العدل في قتال أهل البغي خائفين على أنفسهم ، ومن دفع شيئاً عن نفسه فآل الدفع إلى مال المدفوع أو نفسه لم يضمنه ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال (وإن قتل الدافع فهو شهيد) وذلك أن الدافع يقاتل بحق ، وإذا قتل كان شهيداً ، كالدافع عن نفسه وماله إذا قتل يكون شهيداً ؛ لأنه دفع بحق ، قال ﷺ : « من قُتل دون ماله فهو شهيد » [3] .

مسألة : قال : (وإذا دفعوا لم يتبع لهم مدبر ، ولم يجز على جريح ، ولم يقتل لهم أسير ، ولم يغنم لهم مال ، ولم تسب لهم ذرية) وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ فَإِن فَآءَتۡ﴾ يعني أدبرت حرم قتالها .

---

(١) في (س) : وتبذيرهم جميعهم .

(٢) في (ب) : تفرقتهم .

(٣) رواه مسلم في الإيمان (١٤١) .

وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه قال لعبدالله بن مسعود: «يا ابن أم عبد» قال: لبيك يارسول الله. فقال: «أتعرف حكم من بغى من أمتي؟» قلت: الله ورسوله أعلم. فقال: «لا يتبع مدبرهم، ولا يجاز جريحهم، ولا يقتل أسيرهم، ولا يقسم فيئهم»[١] وهذا الخبر دلالة على الفصول التي ذكرناها.

وروى جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده علي بن الحسين قال: دخلت على مروان بن الحكم فقال: ما رأيت أكرم من أبيك ما إن ولينا يوم الجمل حتى نادى مناديه: ألا لا يتبع منهزم، ولا يجهز على جريح[٢].

ولأن المراد من هذا القتال تفريق شمل أهل البغي، فإذا انهزموا ودفعوا في الأسر أو جرحوا فقد فرق شملهم، ولا يجوز سبي ذراريهم؛ لأنهم مسلمون.

مسألة: قال: (ومن قتل منهم غسل وكفن وصلي عليه) يعني المقتول إذا كان من أهل البغي، (لأنه)[٣] مسلم قتل بحق، فوجب أن يغسل ويصلى عليه، كالمرجوم والمقتول قصاصاً، يبين صحة هذا: أن الباغي أحسن حالاً من المحصن وممن ارتكب محظوراً بفسق؛ لأن المرجوم مجمع على فسقه، والباغي مختلف في فسقه؛ لأن من الناس من يقول: هو متأول مخطئ غير فاسق وهو قولنا.

ومنهم من قال: هو مخطئ فاسق، ثم ثبت أن الذي أجمع على فسقه يغسل ويصلى عليه، فبأن يغسل ويصلى على هذا الباغي أولى.

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ١٨٢)، والحاكم (٢/ ١٥٦).

(٢) رواه البيهقي بنحوه (٨/ ١٨١)، وسعيد بن منصور (٢٩٤٧).

(٣) في (س): ولأنه.

مسألة : قال : (وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم في ذلك) وذلك لما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه لما هزم الخوارج بالبصرة يوم الجمل لم يتعرض لما كانوا قد جبوا من الصدقات والجزية والخراج، وأولئك كانوا قد جبوا الخراج والصداقات والجزية، فلولا أنه كان قد وقع موقعه لكان يطالبهم بذلك .

ولأنا لو قلنا: يطالبون أرباب الأموال بذلك أدى ذلك إلى أن تخرج الزكاة عن موضعها ؛ لأن موضع الزكاة مبني على المسامحة والمساهلة ، فلو طلبنا الزكاة ثانياً أدى ذلك إلى أن يطالب بالزكاة دفعتين عن مال واحد.

مسألة : قال : (ولا ينقض من حكم حاكمهم إلا ما ينقض من حكم غيره) يعني بذلك إن خالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً فإنه ينقض ، وإن لم يخالف من ذلك لم ينقض ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن ولى أهل البغي رجلاً من أهل العدل نفذ قضاؤه ، وإن ولوا رجلاً منهم فحكم فلم ينفذ حكمه .

دليلنا : أن كل من جاز أن يكون مولياً جاز أن يكون قاضياً ، كإمام أهل العدل .

ولأن أهل البغي ساووا أهل العدل في سقوط الضمان عنهم بالإتلاف، فجاز أن يساووهم في نفوذ قضاياهم كأهل العدل .

* * *

كتاب المرتـد

الأصل في تحريم الردة قوله تعالى : ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِالْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ﴾ [المائدة : ٥] ، وقال تعالى : ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ثُمَّ كَفَرُوا۟ ثُمَّ ءَامَنُوا۟ ثُمَّ كَفَرُوا۟ ثُمَّ ٱزْدَادُوا۟ كُفْرًا لَّمْ يَكُنِ ٱللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًۢا﴾ [النساء : ١٣٧] ، وقال تعالى : ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُو۟لَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [البقرة : ٢١٧] .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (ومن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وكان عاقلاً بالغاً دعي إليه ثلاثة أيام، وضيق عليه ، فإن رجع وإلا قتل، وكان ماله فيئاً بعد قضاء دينه) .

أما إذا كانت ردته قبل البلوغ ، أو كان مجنوناً ، لم يتعلق بها حكم الردة في الحال، ويكون موقوفاً حتى يبلغ ، فإن أقام على دينه قتل ، وإن رجع إلى الإسلام فهو مسلم، والدلالة عليه : قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق »[1] .

ولأنه لا حكم لكلامهما ، والمسألة محمولة في الصبي إذا كان لا يعقل ، فأما إذا كان يعقل الإسلام والكفر فإن ردته محكوم بصحتها، لكن يوقف حتى يبلغ، فإن عاد إلى الإسلام وإلا قُتل .

(١) سبق تخريجه .

فأما إذا كان بالغاً فإنه لا يقتل في الحال، ولكن يُستتاب ثلاثة أيام، فإن أناب قبلت توبته، وإن لم يتب قتل رجلاً كان أو امرأة، خلافاً للحسن[1] في قوله: يقتل ولا يستتاب، وخلافاً للشافعي رحمه الله في قوله في أحد القولين: يستتاب، فإن تاب وإلا قتل في الحال، ولا ينتظر به ثلاثة أيام.

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان رجلاً قتل، وإن كانت امرأة لم تقتل ولكن تحبس.

والدلالة على أنه يُستتاب قول عمر[2] وعثمان[3] وعلي[4] وابن مسعود[5] رضي الله عنهم أنهما قالوا بالاستتابة.

ولأنه يجوز أن تكون عرضت له شبهة فارتد لأجلها، فلم يجز قتله قبل التوبة، ولأنه ربما زالت شبهته فعاد إلى الإسلام، فصار بمنزلة من لم تبلغه الدعوة من الكفار: لا يقتل قبل أن يعرض عليه الإسلام.

والدلالة على أن توبته تقبل: قوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ٱزْدَادُوا كُفْرًا ﴾ [النساء: ١٣٧] فأثبت لهم إيمان بعد كفر تقدمه إيمان.

---

(١) هو الحسن بن يسار البصري أبو سعيد تابعي، كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمنه وهو أحد العلماء والفقهاء والنساك، ولد بالمدينة وتوفي بالبصرة. انظر: ميزان الاعتدال (١/ ٢٥٤)، والأعلام (٢/ ٢٤٢).

(٢) قول عمر: رواه ابن أبي شيبة (٢٩٥٨٨).

(٣) قول عثمان: رواه ابن أبي شيبة (٢٩٥٩٠).

(٤) قول علي: رواه ابن أبي شيبة (٢٩٥٨٩).

(٥) قول ابن مسعود: رواه ابن أبي شيبة (٣٣٤٢٣) باتفاقه مع عثمان على ذلك.

وقال النبي ﷺ : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها »[1] فظاهره أن من قال : لا إله إلا الله فقد عصم ماله ودمه .

ولأنه انتقل من دين باطل إلى دين حق، فيقبل ذلك منه، كالكافر الأصلي إذا أسلم .

والدلالة على أنه يُستتاب ثلاثة أيام : ما روي أن رجلاً قدم على عمر رضي الله عنه من اليمن، فسأله عن أحوال الناس، فقال : ارتد رجل، فقال : ما فعلتم به ؟ قال : قربنا وقتلناه . فقال عمر رضي الله عنه : هلا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً ثم استتبتموه لعل الله عز وجل أن يتوب عليه ويراجع الإسلام؟ فقال : « اللهم إني لم أحضر ولم آمر ولم أرض به إذا بلغني »[2] فأخبر أن الواجب الاستتابة ثلاثاً .

ولأنه لا يجوز قتله في الحال (حتى يستتاب)[3] فجعلنا الحد في ذلك ثلاثة أيام ؛ لأنه أول حد الكثرة ، وآخر حد القلة .

ولأنه قد تعلق به حد في الأصول : منها خيار المصراة ، والمسح ثلاثة أيام في السفر .

والدلالة على أن حكم المرأة حكم الرجل : قوله ﷺ : « من بدل دينه

---

(١) أخرجه البخاري في الإيمان (٢٥) ومسلم في الإيمان (٢٢) .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٣/ ٢١١) ، وأخرجه الشافعي في المسند (٢٨٦ سندي) ، والبيهقي في سننه (٨/ ٢٠٧) ، وسعيد بن منصور (٢٥٨٥) .

(٣) في المخطوط (ولا يستتاب أبداً) .

فاقتلوه »[١] وهذا يتناول الرجل والمرأة .

وروي أن امرأة يقال لها (أم مروان)[٢] ارتدت فأمر النبي ﷺ بقتلها[٣] .

وكل من جاز أن يقتل بالقتل جاز أن يقتل بالردة كالرجل .

أو نقول: شخص انتقل من دين حق إلى دين باطل، فوجب قتله كالرجل.

وأما إذا مات أو قتل على ردته فماله فيء لجماعة المسلمين، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : أما ما اكتسبه في حال إباحة دمه فيء ، وما اكتسبه في حال حقن دمه فهو لورثته .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم »[٤] وهذا عام .

ولأن المرتد مباح الدم لكفره ، فوجب أن يكون ماله فيئاً ، كالحربي لما كان هذه صفته كان ماله فيئاً .

مسألة : قال : (وكذلك من ترك الصلاة دعي إليها ثلاثة أيام ، فإن صلى وإلا قتل جاحداً بتركها أو غير جاحد) خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في قوله: لا يقتل، ولكن يحبس حتى يعاود الصلاة ، وقد مضى شرح هذه المسألة (في كتاب الصلاة)[٥] .

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٢٨٥٤) .

(٢) في الأصل (أم رومان) وهو تحريف، والصواب (أم مروان) . انظر : سنن البيهقي الذي أخرجه (٨/ ٢٠٣) .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ١١٨، ١١٩) ، والبيهقي (٨/ ٢٠٣) .

(٤) أخرجه البخاري في الفرائض (٦٣٨٣)، ومسلم في الفرائض (١٦١٤).

(٥) ما بين القوسين من (ب) .

مسألة : قال : (وذبيحة المرتد حرام ، وإن كان ردته إلى دين أهل الكتاب) وذلك لأن الذبيحة إنما تؤكل إذا كان ذابحها إما مسلم أو من أهل الكتاب، بدليل قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ [المائدة: ٥] فأباح طعام أهل الكتاب، وهذا ليس من أهل الكتاب وإن انتقل إليهم ، لأنه لا يقر على دينهم .

وروى أحمد رحمه الله قال : ثنا وكيع ، عن سفيان ، عن أبي إسحاق ، عن قيس بن سليمان الأسدي ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إنكم نزلتم بفارس والنبط، فإذا اشتريتم لحماً فإن كان ذبيحة يهودي أو نصراني فكلوا ، وإن كان ذبيحة مجوسي فلا تأكلوا»[1] فقد أباح ذبيحة أهل الكتاب وحرم غيرها ، والمرتد من غيرهم .

مسألة : قال : (والصبي إذا كان لديه عشر سنين وعقل الإسلام فأسلم صح إسلامه ، فإن عاد وقال : لم أدر ما قلت، لم يلتفت إلى مقالته، وأجبر على الإسلام ، ولا يقتل حتى يبلغ ويجاوز بعد بلوغه ثلاثة أيام ، فإن ثبت على كفره قتل) .

أما الإسلام من الصبي فصحيح إذا كان يعقل ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يصح إسلامه ولا ردته .

دليلنا : على صحة إسلامه : قول النبي ﷺ « كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصّرانه أو يمجّسانه، حتى يعرب عنه لسانه، فإما شاكراً وإما

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٣٣٣٦٢) ، وعبدالرزاق (١٠١٧٦) بسنده إلى قيس بن السكن أن ابن مسعود قال .. إلخ موقوفاً .

كفوراً »(١) .

فأثبت له حكم الفطرة في الابتداء، ونقله عنها بالأبوين، وجعل حكمه حكمهما ، ثم نقله عن حكم الأبوين وأثبت له حكماً بنفسه ، فأخبر أنه إذا أعرب عنه لسانه: فإما أن يكون شاكراً وإما كافراً .

وأيضاً روي أن علياً عليه السلام أسلم وهو صبي ؛ لأنه كان على دين أبيه، فثبت حكم إسلامه، وعدّ ذلك في مناقبه .

ولأنه يعقل الإسلام، فصح إسلامه، كالكبير .

والدلالة على صحة ردته : قوله ﷺ : « حتى يعرب عنه لسانه ، فإما شاكراً وإما كافراً » .

ولأن ثبوت حكم الكفر يتعلق بوجود العقل المتحمل التكليف، وهو الذي يمكن أن يستدل معه على إثبات الصانع بدلالة البالغ العاقل .

ولأنا قد دللنا على صحة إسلامه، فوجب أن تصح ردته، كالبالغ العاقل .

وإذا ثبت أن ردته صحيحة فإنه يتوقف حتى يبلغ، فيعرض عليه الإسلام ثلاثاً ، فإن عاود وإلا قتل، ولا يقتل في الحال ، لأن الردة معنى يوجب العقوبة، فلا يجب في حق الصغير ، دليله : القتل قصاصاً، والقتل في المحاربة.

مسألة : قال : (وإذا ارتد الزوجان فلحقا بدار الحرب لم يجر عليهما ولا على أحد من أولادهما الذين كانوا قبل الردة رق ، ومن امتنع منهما أو من أولادهما الذين وصفت بعد الحرية والبلوغ استتيب ثلاثاً ، فإن لم يتب قتل).

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة مختصراً . ورواه بلفظ مقارب أحمد في مسنده (٣/ ٣٥٣) عن جابر بن عبدالله . قال الأرناؤوط : إسناده ضعيف .

أما الزوجان فلا يجري بينهما رق ، لأنه لا يقبل منهما غير الإسلام أو القتل، لقول النبي ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه »[١] .

ولأن الصحابة قضت فيهم التوبة أو القتل، ولم يحكم بالرق .

ولأنه انتقال من دين حق إلى دين باطل فلم يسترق ، ويفارق هذا الكافر الأصلي ؛ لأنه لم يقر ببطلان دين الكفر .

وأما الذرية: فما كان فيها قبل الردة فهم مسلمون، ولا يتبعونهما في حكم الردة صغاراً كانوا أو كباراً ؛ لأن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه ، وإذا كانوا مسلمين لم يجز استرقاقهم ، وأما من ولد بعد الردة في حال الكفر فظاهر كلام الخرقي أنهم لا يسترقون ، لأنه قال : من امتنع من أولادهما من الإسلام استيب ثلاثاً ، فإن لم يتب قتل . دل على أنهم لا يسترقون ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد قوليه : أنه يسترق، وقد أومأ إليه أحمد رحمه الله، وبه قال أبوبكر بن جعفر .

وجه ما نقله الخرقي : أنهم يتبعون الأب في الدين والإسلام ، وقد كان ثبت لأبيهم حرمة الإسلام، فلأجل حرمة الأب لا يجوز استرقاقهم ، فإذا ثبت أنهم لا يسترقون فإنه ينتظر على الأولاد حتى يبلغوا ويعرض عليهم الإسلام ثلاثة أيام ، فإن أسلموا وإلا قتلوا كما قلنا في آبائهم .

ومعنى قول الخرقي : « ومن امتنع من أولادهم الذين وصفت » يعني أولادهما الذين حدثوا بعد الردة ؛ لأنه قد ثبت أن الذين كانوا قبل الردة لا يجرى عليهم رق ؛ لأنهم مسلمون .

---

(١) رواه البخاري في صحيحه برقم (٦٩٢٢) .

ووجه قول أبي بكر في جواز استرقاقهم : أنه كافر ولد من كافرين، فجاز استرقاقه كولد الحربي .

مسألة : قال : (ومن أسلم من الأبوين كان أولاده الأصاغر تبعاً له) خلافاً لمالك في قوله : إن كان الأب هو المسلم تبعه في الإسلام ، وإن كانت الأم لم يتبعها .

دليلنا : قول النبي ﷺ : « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه »[1] فظاهر هذا في تهويده وتنصيره يحصل بهما ، فإذا عدما أو أحدهما لم يحصل ذلك، فلهذا حكم بإسلامه .

ولأن الأم أحد الأبوين فتبعها في الإسلام كالأب .

ولأن لحوق الولد بالأم أشد وأوكد من لحاقه بالأب ، لأنه مخلوق من مائهما، وانفردت الأم بأن حملته ووضعته فكان بطنها له وعاء وثديها له سقاء.

ولأن لحاق الولد بالأم من طريق الإحاطة في القطع واليقين ، وإلحاقه بالأب من طريق الاستدلال وغلبة الظن ، ثم ثبت أنه يتبع الأب في إسلامه، فبأن يتبع الأم أولى .

مسألة : قال : (وكذا من مات من الأبوين على كفره قسم له الميراث وكان مسلماً بموت من مات منهما) .

دليلنا : قول النبي ﷺ « فأبواه يهوّدانه وينصّرانه » فنجعله في الدين تبعاً لهما ، دليله : أن بعد موتهما لا يتبعهما في الدين .

ولأن انفراد أحد الأبوين بالكفر يوجب رد الطفل إلى الفطرة التي هي

---

(١) رواه البخاري في الجنائز (١٢٩٢) ، ومسلم في القدر (٢٦٥٨) .

الإسلام ، دليله : إسلام أحدهما وسبي الطفل مع أحدهما .

وقوله « قسم له الميراث » فوجهه أن الإسلام إذا طرأ بعد الموت لم يمنع الإرث ، كما إذا كان بالغاً فأسلم عقيب موت أبيه الكافر فإنه يرثه ، لأن الإسلام المتعلق بموت مورثه يجب أن لا يمنع من الإرث، ويكون بمنزلة الحادث بعده بفصل ، كما أن الجزية المتعلقة بموت مورثه لا توجب الإرث، وتكون بمنزلة الحادثة بعدة بفصل، وهو إذا قال لعبده : إذا مات أبوك فأنت حر ، فمات أبوه عتق ولا يرثه ، كما إذا مات أبوهم ثم أعتقه عقيبه ، كذلك في الإسلام المتعلق بالموت يجب أن يكون بمنزلة الحادث بعده في أنه لا يمنع .

مسألة : قال : (ومن شهد عليه بالردة فقال : ما كفرت ، فإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء) .

معنى قوله : « لم يكشف عن شيء » يريد به لم يكلف التبرئ من كل دين يخالف دين الإسلام بل يحكم بإسلامه بالشهادتين ، خلافاً للشافعي رحمه في قوله : إن كان ممن لا يعترف بنبوة محمد ﷺ أصلاً ، وإن كان يعترف إلا أنه يقول: بعث إلى طائفة دون غيرها ، فلا يجزيه حتى يأتي بلفظ الشهادتين والتبرئ من كل دين يخالف دين الإسلام .

دليلنا : قول النبي ﷺ « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالواها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[1] فحكم بإسلام بالشهادة.

واحتج أحمد رحمه الله بما روى أنس بن مالك رضي الله عنه أن يهودياً قال:

---

(١) سبق تخريجه .

أشهد أنك رسول الله ، ثم مات، فقال النبي ﷺ « صلوا على صاحبكم»[١] وهذا نص .

ولأنه أتى بلفظ الشهادتين ، فأشبه لو كان ممن لا يتأول ، وليس من شرط توبة المرتد أن يعترف بالردة ثم يتوب ، وإنما ذلك شرط في التوبة من البدعة إذا شهد عليه بها فأنكر ثم مات لم يقبل منه حتى يعترف بها ثم يتوب؛ لأن إظهاره التوبة بعد جحوده البدعة تكذيب له في أحدهما ، لأنه كان مبتدعاً فقد كذب في جحوده وإنكاره فلا تقبل توبته ، وإن لم يكن مبتدعاً فهو كاذب في توبته ، لأن التوبة إنما تكون عن ذنب ، ويفارق هذا إذا شهد عليه بالردة فأنكر، ثم شهد الشهادتين ؛ لأنه ليس في ذلك تكذيب له في أحدهما ؛ لأن الشهادتين تكونا عن ردة وغيرها .

ولأن الصحابة اعتبرت في التوبة من البدعة الاعتراف ، فروي أن علياً أتى بالزنادقة والذين ارتدوا فقامت البينة على الزنادقة، فأقر الذين ارتدوا وتابوا، فعفى عنهم ، وأنكر الزنادقة ما شهد به عليهم وقالوا : ليس لنا دين غير دين الإسلام، فحرقهم ، وقال : أتدرون لم أطلقت أولئك وأحرقت هؤلاء ؟ إن أولئك أظهروا ديناً وتابوا منه ، وهؤلاء قامت البينة عليهم وأنكروا، فلم ألتفت إلى إنكارهم لما قامت عليهم البينة ، وبهذا احتج أحمد رحمه الله [٢] .

مسألة : قال : (ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يفيق ويتم له ثلاثة أيام من وقت ردته ، فإن مات وهو في سكره كان كافراً) خلافاً لأبي حنيفة في

---

(١) رواه أحمد بمعناه في المسند (٥/ ٤١١) عن أبي صخر العقيلي . وهو مجهول.

(٢) وروي عن أحمد رواية: لا تقبل توبته . انظر : الإنصاف (١٠/ ٣٣٢، ٣٣٤) .

قوله: لا تصح ردة السكران .

دليلنا : أن كل من صحت عقوده صحت ردته كالصاحي ؛ ولأنا قد دللنا في كتاب الطلاق على أنه مكلف في حال سكره ، وإذا كان مكلفاً فيجب أن تصح ردته كالصاحي ، وإذا ثبت صحة ردته لم يقتل حتى يفيق، ويُستتاب ثلاثاً ، (ذلك)[1] لأن الحد للردع والزجر، وهو لا يشعر بذلك حتى يفيق، فلهذا لم يقتل في الحال ، ولم يستتب؛ لأنه لا يعقل لذلك ، وبالله التوفيق .

* * *

---

(١) سقط من (س) .

كتاب الحــدود

الحد في اللغة : عبارة عن المنع ، ولذلك يقال للبواب حداداً ؛ لأنه يمنع ويحجب ، ولهذا سمي المتكلمون حصرهم للجملة حداً ؛ لأنه يمنع من دخول غيره عليه ، وسمى الحد الشرعي حداً ؛ لأنه يمنع من إتيان مثله .

وهو في الشريعة : عبارة عن كل عقوبة مقدرة تستوفى لحق الله تعالى.

ولهذا فرق الفقهاء بين الحد والقصاص ، لأنه يستوفى لحق آدمي ، وقد كانت عقوبة الزنى في صدر الإسلام الحبس إلى حال الوفاة إن كان ثيباً ، وإن كان بكراً فحدهما الأذى بالكلام إلى أن يتوب فيعرض عنه، بدليل قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء : ١٥] .

وقال في الآية الأخرى : ﴿وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا مِنكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِن تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا﴾ [النساء : ١٦] ثم نسخ وجعل حد الرجم للثيب، وحد الجلد للبكر .

وروى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال : « خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[1].

والمراد بالآية الأوله: الثيب من الزناة ، وبالثانية الأبكار من الزناة ، فدل

---

(١) أخرجه مسلم في الحدود (١٦٩٠) .

ذلك أنه اعتبر في الآية الأولى الزوجية فقال: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾ أضاف النساء إلى الأزواج، وحصول الزوجية يدل على الإحصان، ولم يعتبر ذلك في الثانية، بل ذكر الحكم وأطلق فقال: ﴿وَٱلَّذَانِ يَأۡتِيَٰنِهَا مِنكُمۡ فَـَٔاذُوهُمَا﴾.

مسألة: قال: (وإذا زنى الحر المحصن أو الحرة المحصنة جلدا ورجما حتى يموتا في إحدى الروايتين، والرواية الأخرى: يرجمان ولا يجلدان).

وجه الأولة في اجتماع الرجم والجلد، خلافاً لأكثرهم في قولهم: يرجم ولا يجلد.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢] ولم يفرق بين البكر والثيب.

وروى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[١] فأوجب عليه الرجم والجلد، يبين صحة هذا، وأن حكمه باق لم ينسخ: أن الصحابة عملت عليه، يروى أن علياً عليه السلام جلد شراحة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة، فقيل له: حدتها حدين؟ فقال: جلدتها بكتاب الله عز وجل، ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ[٢] ولا يعرف له مخالف، فثبت أن حكم

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري مختصراً في الحدود (٦٤٢٧). ورواه الحاكم بهذا اللفظ وصححه (٤/ ٣٦٥)، وأحمد (١/ ١١٦، ١٤٠، ١٤١، ١٤٣، ١٥٣)، والدارقطني بمعناه (٣/ ١٢٣، ١٢٤).

الخبر باق.

ولأنه زنا تجب به عقوبة، فوجب أن تكون عقوبتان، دليله: الزاني البكر يجلد ويغرب عاماً، كذلك هذا يجب أن يجلد ويرجم.

ولأنه زان يجب عليه الحد، فوجب عليه الرجم والجلد، دليله: البكر.

ووجه الثانية: ما روي «عن النبي ﷺ أن رجم يهوديين زنيا»[١].

وروى أبوهريرة[٢] وابن عباس[٣] وجابر بن سمرة[٤] وجابر بن عبدالله الأنصاري[٥] أن النبي ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده، فلو كان الجلد واجباً لكان يوجبه.

وروى عبيد الله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود أن زيد بن خالد الجهني وأبا هريرة أخبراه أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فقال أحدهما: اقض بيننا يا رسول الله بكتاب الله تعالى، وقال الآخر وهو أفقه منه: اقض بيننا يا رسول الله وأذن لي أن أتكلم. فقال له: «تكلم». فقال: يا رسول الله إن ابني كان عسيفاً على امرأة هذا وقد زنى بامرأته، فقالوا: إن على ابني الرجم، ففديته بمائة شاة وجارية، وقد أخبرني رجال من العلماء أنه ما على ابني إلا الجلد، وإنما الرجم على امرأة هذا. فقال النبي ﷺ: «والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، أما شياؤك فردّ عليك، وخادمك فمردود عليك، وجلد ابنه مائة

---

(١) أخرجه البخاري في المحاربين (٦٤٣٣)، ومسلم في الحدود (١٦٩٩).

(٢) أبوهريرة: رواه أحمد في مسنده (٢/ ٤٥٠).

(٣) ابن عباس: رواه البخاري في المحاربين (٦٤٣٨)، ومسلم في الحدود (١٦٩٣).

(٤) جابر بن سمرة: رواه مسلم في الحدود (١٦٩٢).

(٥) جابر بن عبدالله: رواه أحمد في مسنده (٣/ ٣٨١).

وغربه عاماً ، ثم قال لأنيس الأسلمي : اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فذهب فاعترفت فرجمها [١] .

فوجه الدليل أنه قال: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» وما قال : فاجلدها ، فدل على أن جميع ما يجب عليهما الرجم.

ولأنه سبب يجب به القتل، فلم يجب معه الجلد ، دليله : قتل المرتد .

مسألة : قال : (ويغسلان ويكفنان ويصلى عليهما ويدفنان) وذلك لما روى عبدالله بن زيد ، عن أبيه أن النبي ﷺ لما أقرت عنده الغامدية حفر لها إلى صدرها ، ثم أمر الناس أن يرجموها ، وأمر بها فصلى عليها بعد أن غسلت وقالالسلا: «لقد تابت توبة لو قسمت على أهل المكتين لكفتهم» [٢] .

ولأن القتل في الحد كالقتل قصاصاً ، ومن قتل قصاصاً غسل وصلي عليه ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا زنى الحر البكر جلد مائة وغرب عاماً ، وكذلك المرأة) خلافاً لمالك رحمه الله في قوله : يغرب الرجل دون المرأة .

ولأبي حنيفة رحمه الله في قوله : يجلد ولا يغرب رجلاً كان أو امرأة إلا أن يرى الإمام أن يغربه تعزيراً .

دليلنا : قول النبي ﷺ في خبر عبادة بن الصامت : « البكر بالبكر جلد مائة

---

(١) أخرجه البخاري في الصلح (٢٥٤٩) ، ومسلم في الحدود (١٦٩٧، ١٦٩٨) .

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ . ولكن ورد عند مسلم في الحدود (١٦٩٥) بلفظ « لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له » . وفي الحدود (١٦٩٦) بلفظ : « لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » .

وتغريب عام » .

وأيضاً ما روى زيد بن خالد الجهني وأبو هريرة أن رجلين أتيا النبي ﷺ فذكر الخبر في قصة العسيف إلى أن قال : « فجلده مائة وغربه عاماً » وفي بعض الأخبار : « وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام » .

ولأنها عقوبة للزاني تقدرت بالشرع ، فكانت واجبة عليه حداً كالجلد .

ولأن المرأة أحد الزانين، فوجب تغريبها ، دليله : الرجل .

مسألة : قال : (وإذا زنى العبد أو الأمة جلد كل واحد منهما خمسين جلدة ولم يغربا) خلافاً لابن عباس في قوله : « إذا لم تحصن » يعني إذا لم تكن مزوجة فلا حد عليها[1] ، وخلافاً لبعض الناس في قوله : إذا أحصنا فحدهما الرجم . يعني إذا أصيبت المرأة وأصاب العبد في نكاح، وخلافاً لداود في قوله : يجلد العبد الحد كاملاً ، وعلى الأمة النصف. (وخلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : يغربان كالحر)[2] .

فالدلالة على ابن عباس : قوله تعالى : ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء : ٢٥] .

وهذه الآية قرئت بقراءتين بالرفع والنصب ، فأما المنصوب فمعناه إذا أسلم، فظاهره يقتضي أنهن إذا أسلمن ثم زنين فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب، زوجن أو لم يزوجن .

وأما المرفوع : فلم يذكر التزوج ليكون شرطاً في وجوب الجلد ، وإنما

---

(١) رواه البيهقي (٨/ ٢٤٣) بلفظ : « ليس على الأمة حد حتى تحصن » .

(٢) ما بين القوسين من (ب) .

ذكر ليبين أنهن لا يرجمن كالحرائر وإن تزوجن ، وإنما ذكره لينفي وجوبه لئلا يتوهم متوهم أن عليهن الرجم كما قال بعض الناس .

وروى زيد بن خالد وأبوهريرة أنهما قالا : سئل النبي ﷺ عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال : « إذا زنت فاجلدوها ، فإن زنت فاجلدوها ، فإن زنت فبيعوها ولو بضفير »[1] يعني الحبل المفتول ، ولم يفرق .

ولأنها مسلمة مكلفة، فجاز أن يلزمها الجلد بالزنى كالمزوجة .

والدلالة على سقوط الرجم : قوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء : ٢٥] ولم يفرق بين المحصنات منهن وغير المحصنات .

ولأن الرجم معنى لا يتبعض بني على المفاضلة، ولا يعتبر في فاعله العدالة، فوجب أن لا يكون للرق فيه مدخل ، أصله : الميراث .

وقولنا : « لا يتبعض » احتراز من الجلد .

وقولنا : « بني على المفاضلة » احتراز من القطع فإنه ما بني على المفاضلة ، لأنه يجب على الدنيء والشريف ، والرجم بني على أن لا يجب إلا على المحصن .

ويجب على أزواج النبي ﷺ أضعاف ما يجب على غيرهن . فعلم أنه مبني على المفاضلة ، فلهذا لم يجب .

ولا يلزم عليه الشهادة ؛ لقولنا « لا تعتبر فيه العدالة » فلهذا كان له فيه مدخل .

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢٠٤٦) ، ومسلم في الحدود (١٧٠٤) .

والدلالة على أن العبد والأمة سواء في ذلك: وهو أن العبد منقوص بالرق، فوجب أن يكون عليه نصف الجلد كالأمة ، وهذا القياس في معنى الأصل؛ لأن حد الأمة نصف الجلد، وليس هاهنا معنى أوجب نقصان الجلد إلا الرق ، وهذا المعنى موجود في العبد، فوجب أن تكون مثله .

والدلالة على أنه لا نفي عليها : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها »[1] فأضاف الجلد إلى سيدها ، ولم يذكر التغريب، وإنما التغريب إنما وجب على الأحرار للاستيحاش بمفارقة الأهل والإخوان (والانقطاع)[2] عن السكن والبلد، وهذا غير موجود في العبد والأمة ؛ لأن السيد يملك تغريبهم .

ولأنا لو قلنا : « يجب عليها التغريب » عطلنا منافعها على السيد .

مسألة : قال : (والزاني من أتى بالفاحشة من قبل أو دبر) ومعناه أن إتيان المرأة في دبرها بمنزلة ذلك في الفرج ، لأنه يسمى زانياً إن كان بكراً جلد مائة، وإن كان محصناً رجم رواية واحدة ، بخلاف المتلوط بالغلام ، لأن الخرقي ذكر حكم اللوطي بعد ذلك وذكر اختلاف المذهب فيه .

والدلالة على أنه في حكم الزاني قوله تعالى : ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡ﴾ الآية [النساء: ١٥] واسم الفاحشة يقع على إتيانها في القبل والدبر، يدل عليه قوله تعالى: ﴿ وَلُوطًا إِذۡ

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) في (س) : الانفاع . وما أثبته من (ب) .

قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ ﴾ [النمل: ٥٤] فسماه فاحشة.

ولأنه أحد فرجي المرأة ، فكان الواطئ فيه زانياً ، دليله : القُبل .

والفرق بين إتيان المرأة في دبرها أنه في حكم الزاني وبين إتيان الغلام أنه يقتل بكل حال في إحدى الروايتين : هو أن استباحة ذلك من المرأة مختلف فيه على قول أهل المدينة مباح ، وذلك من الغلام متفق على تحريمه، فكان ذلك أخف .

ولأن المرأة من جنس ما يستباح بالوطء - أعني في القُبل - والغلام لا يُستباح بحال .

مسألة : قال : (ومن تلوط بغلام قتل بكراً كان أو ثيباً في إحدى الروايتين، و الأخرى : حكمه حكم الزاني) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا حد على اللواط لكن يعزّر .

دليلنا : هو أن اسم الزنا يقع على اللواط ، يدل عليه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان، وإذا اتت المرأة المرأة فهما زانيتان »[1].

ومعناه أن حكمهما حكم الزانيين في جميع الأحوال، وقد قال الله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور : ٢] .

ولأنه فرج يجب بالإيلاج فيه الغسل ، فجاز أن يجب بالإيلاج فيه الحد ، كفرج المرأة .

ولأنه فرج يقصد به الالتذاذ غالباً، فتعلق الحد بالإصابة فيه كالقُبل .

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤١٥٧) ، والبيهقي (٨/ ٢٣٣) وانظر التلخيص الحبير (٤/ ٥٥) ، ومجمع الزوائد (٨/ ١٠٢) .

يؤكد هذا أن في القبل إنما وجب ردعاً وزجراً عن الفعل المحرم ، فلما كانت الطباع تميل إلى طلب الالتذاذ في هذا الفرج يكون ذلك في القُبل ، وجب أن يتساويا في تعلق الحد ، بل الدبر أولى ، لأنه لا يستباح بحال، والقبل قد يستباح بحال ، وإذا ثبت أن الحد يجب فيه فالكلام في صفته، وقد نقل الخرقي روايتين .

إحداهما : يقتل بكل حال بكراً كان أو ثيباً .

والثانية : حكمه حكم الزاني إن كان بكراً جلد ، وإن كان ثيباً رجم ، وللشافعي أيضاً قولان .

فإن قلنا : « حكمه حكم الزاني » فوجهه ما تقدم من الخبر وهو أن النبي ﷺ جعلهما زانيين ، ومعناه أن حكمهما حكم الزاني ، والزاني يجلد تارة ويرجم أخرى ، كذلك اللوطي .

ولأنه فرج يجب بالإيلاج فيه الحد ، فوجب أن يختلف حكم البكر والثيب فيه كفرج المرأة .

ولأن الزنا أغلظ من اللواط من وجه ، لأنه ساوى اللواط في التحريم وانفرد بأنه يفسد النسب ، فأقل ما في الباب أنه يساويه في الجلد .

فإذا قلنا : « يقتل بكل حال » فوجهه : ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»[1] .

---

(١) أخرجه أبو داود في الحدود (٤٤٦٢) ، والترمذي في الحدود (١٤٥٦) ، وابن ماجه في الحدود (٢٥٦١) . قال في سبل السلام : رجاله موثوقون إلا أن فيه اختلافاً (٤/ ١٣) . وقال الألباني: صحيح .

وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « الذي يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » [١] .

وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « الذي يعمل عمل قوم لوط ارجموا الأعلى والأسفل ارجموهما معاً » [٢] .

ولأنه إجماع الصحابة : روي عن أبي بكر وعثمان وعلي رضي الله عنهم . فروي عن أبي بكر أنه وجد في خلافته رجلاً في بعض ضواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة ، فخرج أبوبكر وأصحاب النبي ﷺ فاستشارهم في ذلك فكان علي عليه السلام أشد قولاً فيه فقال : إن هذا ذنب لم تعص به أمة من الأمم إلا أمة واحدة صنع بهم ما قد علمتم ، أرى أن يحرق بالنار ، فأجمع رأي أصحاب النبي ﷺ أن يحرق بالنار ، فكتب أبوبكر إلى خالد بن الوليد فأمره بذلك فأحرقه[٣] .

وعن عثمان أنه أشرف على الناس يوم الدار فقال : أما علمتم أنه لا يحل دم امرئ مسلم إلا أربعة : منهم رجل عَمِل عمَل قوم لوط [٤] .

وعن علي [٥] أنه رجم اللوطي ، وابنُ عباس [٦] .

---

(١) أشار إليه الترمذي في الحدود تحت رقم (١٤٥٦) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الحدود (٢٥٦٢) . قال في تحفة الأحوذي : ابن ماجه أخرجه من طريق عاصم ، وعاصم متروك (٥/ ٢٢) . وقال الألباني: حسن لغيره.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٢٣٢) . وقال : مرسل .

(٤) رواه أبونعيم في الحلية (٨/ ٣٧٩) ، وابن أبي شيبة (٢٨٤٨٤) .

(٥) رواه البيهقي (٨/ ٢٣٢) .

(٦) رواه البيهقي (٨/ ٢٣٢) .

ولأن اللواط أغلظ تحريماً من الزنا، لأنه لا يستباح بحال، والزنا قد يستباح فرجه بحال، وهو أن يعقد النكاح، فجاز أن يكون حدّه أغلظ؛ فلهذا قلنا: إن من وطئ ذات محرم أنه يُقتل بكل حال، لأن تحريمها على التأبيد.

مسألة: قال: (ومن أتى بهيمة أدب وأحسن أدبه، وقتلت البهيمة) خلافاً للشافعي في قوله: يقتل بكل حال، وقال في موضع آخر: فحده حد الزاني إن كان بكراً جلد، وإن كان ثيباً رجم، وقد روى نحو هذا عن أحمد رحمه الله.

وجه ما نقله الخرقي: أن الحد إنما يُراد للردع والزجر، والإنسان قد تعلق نفسه إتيان البهائم، فلهذا قلنا: لا يجب به الحد.

ولأن الحد يجب بالإيلاج في فرج له حرمة كفرج الآدمي، وهذا لا حرمة له، ألا ترى أنه لو مسه إنسان لم ينتقض وضوؤه، ولو مس فرج آدمي انتقض وضوؤه، ثبت أن هذا لا يجب بالإيلاج فيه الحد.

وأما قوله: «وقتلت البهيمة» فظاهره أنها تقتل بكل حال، سواء كانت مما يؤكل لحمها أو لا يؤكل، خلافاً لبعض الشافعية: إن كانت مما يؤكل لحمها ذبحت، وإن كانت مما لا يؤكل لحمهما فعلى وجهين في قتلها.

دليلنا: ما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أتى البهيمة فاقتلوه والبهيمة»[1].

وروي أن رجلاً واقع بهيمة فقال النبي ﷺ: «اقتلوه والبهيمة معه»[2]

---

(١) أخرجه الترمذي بنحوه في الحدود (١٤٥٥)، وابن ماجه في الحدود (٢٥٦٤).

(٢) رواه أبوداود بنحوه في الحدود (٤٤٦٤) قال الألباني: حسن صحيح.

فظاهره[١] قتلهما جميعاً ، لكن الفاعل خرج بدليل، وبقي حكم القتل على ظاهره .

ولأن في قتلها فائدة، وهو أن لا تأتي بولد مشوه ، وقد قيل : إن راعياً أتى بهيمة فأتت بولد مشوه، وقيل: لأن لا يعير فيقال: هذه البهيمة التي أتاها فلان.

مسألة : قال : (والذي يجب عله الحد ممن ذكرت من أقرّ بالزنا أربع مرات، وهو بالغ عاقل صحيح، ولا ينزع عن إقراره حتى يقام عليه الحد ، أو يشهد أربعة رجال من المسلمين أحرار عدول يصفون الزنا) .

أما قوله : « الذي يجب عليه الحد من أقر أربع مرات » خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يجب الحد بإقراره مرة[٢] .

دليلنا : ما روي أن ماعزاً جاء إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، إني زنيت فطهرني ، فأعرض عنه ، فأقر ثانياً ، فأعرض عنه ، فلما أقر أربعاً أمر برجمه . فلو كان الرجم قد وجب عليه بإقراره الأول لكان لا يعرض له ولا يعطل حداً قد وجب عليه ، لأنه قال ﷺ: «لا ينبغي لوالي قوم أن يؤتى بحد إلا أقامه»[٣]. وقال : « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حدّ فقد وجب» [٤] .

وقد روي في بعض الألفاظ أن النبي ﷺ قال له في المرة الرابعة : « الآن قد

---

(١) في (ب) : فظاهر الخبر .

(٢) أخرجه مسلم في الحدود (١٦٩٥) .

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٤١٩) ، والحميدي (٨٩)، وأبويعلى (٥١٥٥) .

(٤) أخرجه بهذا اللفظ أبوداود في الحدود (٤٣٧٦) ، وأخرجه الحاكم وصححه (٤/ ٣٨٣)، كما صححه السيوطي في الجامع الصغير (١/ ١٣١) .

أقررت أربع مرات »[1] فجعل إقراره الرابعة عليه الحكم .

وروى ابن بريدة الأسلمي عن أبيه : أن ماعزاً لما أقر ثلاث مرات قال له أبوبكر رضي الله عنه : إن اعترفت الرابعة رجمك رسول الله ﷺ [2] . فهذا يدل على أنه معروف عندهم أن الحد يجب بإقراره أربعاً ، ولولا ذلك لما قطع أبوبكر رضي الله عنه ، ولوجب أن ينكره النبي ﷺ ويقول : من أين لك أني أرجمه في الرابعة .

ولأنه قول يوجب حد الزنا ، فوجب أن يعتبر فيه العدد ، دليله : الشهادة.

وأما قوله : « وهو بالغ عاقل » معناه أنه إن كان صغيراً غير بالغ ، أو مجنوناً لم يجب عليه الحد ، كما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق »[3] .

وروي في قصة ماعز لما أقر عند النبي ﷺ بعث إلى أهله فقال : «أتنكرون من عقله شيئاً ؟ » قالوا : لا[4] .

فلولا أن المجنون لا حكم لإقراره ولا يجب عليه الحد لم يسأل عن ذلك.

وقوله : « وهو صحيح » فظاهره إن كان مريضاً فإنه لا يقام عليه الحد في مرضه ، وذلك محمول على أنه مريض يُرجى برؤه، والحد هو الجلد، فأما إن

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٩٣٦٤) .

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٨) من غير طريق بريدة . وقال في مجمع الزوائد : في إسناده جابر بن يزيد الجعفي وهو ضعيف . انظر : مجمع الزوائد (٦/ ٢٦٦) . أما حديث بريدة فرواه مسلم في الحدود (١٦٩٥) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) رواه مسلم في الحدود (١٦٩٥) بلفظ : «أتعلمون بعقله بأساً؟ تنكرون منه شيئاً؟».

كان مريضاً لا يرجى برؤه فإنه يقام عليه الحد في مرضه بأثكال النخل ، فإن كان الحد رجماً فإنه يقام عليه سواء كان يرجى أو لا يرجى ، خلافاً لأبي بكر ابن جعفر من أصحابنا ، قال : يقام عليه الحد متفرقاً ولا يؤخر .

وجه ما نقله الخرقي : ما روي أن جارية لآل رسول الله ﷺ فجرت فقال رسول الله ﷺ لعلي عليه السلام : « انطلق فأقم عليها الحد » فأتيتها فوجدتها يسيل دمها لا ينقطع ، فقال : « دعها حتى ينقطع دمها ثم اجلدها»[١] .

ولأنه لا يخلو أن يقول : يقام عليها حد الأصحاء أو حد المرض ، فإن قال : يقام عليها حد الأصحاء أدى إلى إتلافها ، وليس المقصود التلف ، أو حد المرض، فلا معنى لإقامة ذلك مع من لا يُرجى برؤه .

وجه قول أبي بكر : أنه إقامة حد على الزاني، فاستوى في صفته المرض والصحة ، دليله : الرجم .

وقوله : « ولا ينزع عن إقراره » يعني لا يرجع ، فإن رجع عن إقراره قبل قيام الحد سقط عنه ، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في قوله : لا يسقط.

دليلنا : ما روي أن ماعزاً لما أقر عند النبي ﷺ بالزنا فأعرض عنه مرتين أو ثلاثاً ثم قال : « لعلك لمست ، ولعلك قبّلت »[٢] فعرض له بالرجوع حيث أعرض عنه عند إقراره، وصرح له بذلك بقوله : «لعلك لمست ، لعلك قبّلت» فلولا أن رجوعه يقبل لما كان لذلك فائدة .

---

(١) أخرجه أبوداود في الحدود (٤٤٧٣) ، والحاكم بمعناه وصححه (٤/ ٣٦٩) ، والبيهقي بهذا المعنى (٨/ ٢٤٥) . قال الألباني: صحيح .

(٢) رواه أحمد (١/ ٢٣٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنه .

ولأنه قتل وجب لله تعالى على محصن ، فإذا ثبت بالاعتراف جاز أن يسقط بالرجوع، كالقتل بالردة .

وقوله : « أو يشهد عليه أربعة رجال مسلمون عدول يصفون الزنى » معناه أنه لا يثبت حد الزنا إلا بشهادة أربعة ذكور عدول شهادة مكشوفة بأن يقولوا: رأينا ذلك منه في ذلك منها ، مثل الميل في المكحلة ، والرشا في البئر . وهذا معنى قول الخرقي يصفون الزنا .

والدلالة على وجوب العدد أربعة قوله تعالى : ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا﴾ [النساء : ١٥] فشرط في عقوبة الزاني في الأمر الأول أربعة شهداء مع خفة الحد ، فيكون ذلك في تعظيم الحد أولى .

وروي أن سعداً قال : يا رسول الله لو رأيت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء ؟ قال : « نعم »[1] .

ولأن كل أحد قد ندب إلى الستر على الزاني قال ﷺ : « هلا سترته بثوبك يا هزال »[2] ، وقال ﷺ : « أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم »[3] .

---

(١) أخرجه مسلم في اللعان (١٤٩٨) .

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٢١٦، ٢١٧) ، وأبوداود في الحدود (٤٣٧٧) . قال الألباني: ضعيف .

(٣) أخرجه أبوداود في الحدود (٤٣٧٥) ، وأحمد (٦/ ١٨١) بهذا اللفظ وزادا «إلا الحدود» (٤/ ١٣٣) ، وأخرجه البخاري في الأدب المفرد (٤٦٥) ، وأخرجه البيهقي بلفظ: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم» (٨/ ٣٣٤)، وهذا الحديث حسنه السيوطي في الجامع الصغير (٢/ ٥٣). وقال الألباني: صحيح .

فغلظ في الشهادة على الزنا ليرغب كل أحد في الستر على الزاني ولا يشهد به مخافة أن لا يجد ثلاثة يشهدون معه .

والدلالة على أن من شرط الشهادة أن تكون مكشوفة على الصفة التي ذكرنا: ما روى أبوهريرة أن ماعزاً جاء إلى النبي ﷺ فشهد أنه أصاب امرأة حراماً أربعاً ، كل ذلك يعرض عنه رسول الله ﷺ ، فلما كانت الخامسة قال له النبي ﷺ « فنكحتها حتى غاب ذلك منك في ذلك منها كالميل في المكحلة والرشاء في البئر ؟» قال : نعم . قال : « أتعرف الزنا ؟ » قال : نعم. قال : «اما هو ؟» قال : أتيت منها حراماً مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً . قال : «فما تريد بقولك؟» قال: أريد أن تطهرني ، فأمر برجمه[1] .

فلم يقتصر على إقراره حتى استفسر ذلك منه وكشف عنه ، فعلم أن ذلك شرط، وهو إجماع الصحابة رضي الله عنهم .

روي أن أربعة شهدوا عند عمر رضي الله عنه على المغيرة بن شعبة بالزنا، فصرح بالشهادة منهم نافع ونفيع[2] وأبوبكرة[3] فلما جاء زياد يشهد قال عمر :

---

(١) رواه بهذا اللفظ أبوداود في الحدود (٤٤٢٨) . قال الألباني: ضعيف .

(٢) هو : نفيع بن الحارث بن كلدة الثقفي ، وكنيته أبوبكرة وكني بها لأنه تدلى من سور الطائف على بكرة وهو صحابي جليل من أهل الطائف ، توفي بالبصرة سنة ٥٢هـ . انظر : تهذيب التهذيب (١٠/ ٣٦٩) ، والأعلام (٩/ ١٧) .

(٣) وجمع الروايات متفقة على أن الشهود أبوبكرة ونافع وشبل بن معبد – وهنا ذكر المؤلف نفيع بدل شبل ، وأبوبكرة هي كنية نفيع كما قال العسقلاني في التلخيص الحبير أن نفيع اسم أبي بكرة لم يختلف في ذلك أصحاب الحديث . وقال الواقدي: أن ذلك كان سنة سبع عشرة للهجرة، وكان المغيرة يومئذ أميراً على البصرة، فعزله عمر وولّى أبا موسى ،

أراك شاباً حسن الوجه وأرجو أن لا يفضح الله على لسانك رجلاً من الصحابة. فقال زياد : رأيت أستا تنبوا ، ونفساً تعلو ، ورأيت رجليها على عنقه كأنهما أذنا حمار، ولا أدري ما وراء ذلك. فقال عمر: الله أكبر. فدرأ الحد عن المغيرة[١].

فوجه الدلالة: أن زياداً لما لم يصرح بالشهادة لم يحكم عمر بها، وحد الشهود الثلاثة .

ولأن الزنا يقع على ما يجب به الحد وعلى من لا يجب ، وفي الناس من يعد إتيان البهائم زنا، ومنهم من يعد الاستمناء زنا .

وقال النبي ﷺ : « العينان تزنيان وإنما يصدقهما الفرج ويكذبهما »[٢] . فإذا كان اسم الزنا مشتركاً يقع على هذه الأشياء احتيج إلى ذكر الشهادة ليزول الأشكال .

مسألة : قال : (ولو رجم بإقرار فرجع قبل أن يقتل كف عنه ، وكذلك إن رجع بعد أن جلد وقبل كمال الحد خلي عنه) وذلك لما روي أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا اعترف الرجل بالزنا أربع مرات فرجم فهرب ترك »[٣] .

وقال : إن البلاذري أفاد أن المرأة التي رمي المغيرة بها هي أم جميل بنت محجن بن الأفقم الهلالية ، وقال : إن المغيرة كان تزوج بها سراً، وكان عمر لا يجيز نكاح السر ويوجب الحد على فاعله .اهـ .

انظر : التلخيص الحبير (٤/ ٦٣) .

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٢٣٥) .

(٢) أخرجه مسلم بنحو في القدر (٢٦٥٧) .

(٣) رواه أبوداود في الحدود (٤٤١٩) بمعناه . قال الألباني : صحيح .

وروى أن ماعزاً لما أصابته الحجارة أدبر، فلقيه رجل[1] بيده لحيى جمل فضربه فصرعه، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «هلا تركتموه»[2] وهذا نص بأن جعل هربه من الحد رجوعاً في إقراره، وعاتبهم على قتله بعد هربه.

ولأنا قد ذكرنا في المسألة التي قبلها أنه لو رجع قبل البداية بالحد سقط الحد عنه، فأولى أن يسقط بعد قيام بعضه، لأن سقوط الكل أكثر من سقوط البعض.

مسألة: قال: (ومن زنى مراراً ولم يحدّ فحدّ واحد) وذلك لأن الحدود بمنزلة الكفارات، قال النبي ﷺ: «الحدود كفارات لأهلها»[3]. ثم ثبت أنه لو كرر الوطء في نهار رمضان ولم يكفر كان عليه كفارة واحدة، وكذلك لو حلف لا يفعل شيئاً مراراً ولم يكفر فكفارة واحدة؛ ولأن الحد جعل ردعاً وزجراً، وهذا المعنى يوجد[4] بحد واحد.

ولأنا لو قلنا: يتكرر عليه أدى إلى إتلاف نفسه.

مسألة: قال: (وإذا تحاكم إلينا أهل الذمة حكمنا عليهم بما حكم الله عز وجل به علينا).

يعني بذلك أنهم إذا تحاكموا في الزنا حكمنا عليهم بحكم الإسلام في

---

(١) هو عبدالله بن أنيس. انظر: سنن أبي داود (٤/ ١٤٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الحدود (٢٥٥٤). قال الألباني: صحيح.

(٣) أخرجه بهذا المعنى البخاري في الإيمان (١٨)، ومسلم في الحدود (١٧٠٩) عن عبادة بن الصامت.

(٤) في النسخ: لا يوجد. والسياق يقتضي حذف اللام النافية.

(الحد)[١] لقوله تعالى: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ الآية [المائدة : ٤٩].

وروي أن اليهود اختصمت إلى النبي ﷺ في رجل زنى بامرأة فقال النبي ﷺ: «ائتوني بالشهود» فجاءوا بأربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة «فأمر النبي ﷺ برجمها»[٢].

* * *

(١) في الأصل: الجلد.

(٢) رواه أبوداود في الحدود (٤٤٥٢)، والدارقطني (٤/ ١٦٩) قال الألباني: صحيح.

باب القذف

مسألة : قال : (وإذا قذف بالغ عاقل حراً مسلماً ، أو حرة مسلمة بالزنا جلد الحد ثمانين إن طالب المقذوف ولم يكن للقاذف بيّنة) وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ الآية [المائدة: ٤٩].

وروت عمرة عن عائشة أنها قالت : لما نزل عذري صعد النبي ﷺ المنبر وتلا الآيات، ثم نزل وجلد رجلين وامرأة ، أما الرجلان فحسان بن ثابت ومسطح بن أثاثة، والمرأة حمنة بنت جحش[١] .

وقوله : (إذا طالب المقذوف بذلك) وذلك لأن حد القذف (حق)[٢] لآدمي وهو المقذوف .

وإذا ثبت أنه حق لآدمي لم يستوف إلا بالمطالبة قياساً على سائر حقوقه من القصاص والديون ، وقد دللنا على أنه حق للمقذوف، خلافاً لأبي حنيفة في اللعان .

مسألة : قال (وإذا كان القاذف عبداً أو أمة جلد أربعين بأدون من السوط الذي يجُلد به الحر) ؛ وذلك لأنه حدّ يتبعض، فوجب أن يكون العبد فيه على النصف مما يجب على الحر، كالحد في الزنا .

---

(١) أخرجه أبوداود في الحدود (٤٤٧٥) . قال الألباني: حسن لغيره .

(٢) في النسختين : « حد » .

وقوله : (بأدون من السوط الذي يجُلد به الحر) وذلك لأنه لما خفف عنه في عدد الضرب، فأولى أن يخفف عنه في صفة السوط .

مسألة : قال : (وإذا قال له : يا لوطي ، سُئل عما أراد ، فإن قال: أردت أنك تعمل عمل قوم لوط فهو كمن قذف بالزنا) وإن لم تكن هذه اللفظة قذفاً صريحاً؛ لأنه يحتمل أن يريد بذلك أنه يعمل عمل قوم لوط فيكون قذفاً ، ويحتمل أن يريد بذلك أنه من قوم لوط ، أو أنك مؤمن بلوط عليه السلام فلا يكون قذفاً ، ولهذا رجع إليه في ذلك .

فإن قال : أردت أنه من قوم لوط، فلا حد عليه، وإن قال : أردت أنه فعل فعل قوم لوط، فقد قذفه، فعليه الحد .

مسألة : قال : (وكذلك إن قال: يا معفوج) ولأن[1] قوله : « يا معفوج » يحتمل أنه بمعنى معفوج ، ويحتمل يا معفوج بمعنى يا مفلوج ، فإن فسره بالفالج أو قال : أردت أنه مدسوس فيه، قُبل[2] قولُه، وإن فسره بأنه يفعل به كان عليه الحد.

مسألة : قال : (ولو قذف رجلاً ، فلم يقم عليه الحد حتى زنى المقذوف لم يزل الحد عن القاذف) خلافاً لأكثرهم في قولهم : يزول الحد عن القاذف بزنا المقذوف .

دليلنا : أن الحد إنما يجب على القاذف بقذف من كان محصناً عفيفاً حال القذف، وهذا قد كان عفيفاً حال القذف في الظاهر، بدليل أن للمقذوف

---

(١) في (ب) : ولأن ذلك .

(٢) في (ب) : منه .

المطالبة بالحد عقيب القذف، وحدوث الزنا منه لا يوجب قدحاً في تلك العدالة، كما لم يوجب فسق الشهود قدحاً في عدالة تقدمت، كذلك إذا وجد الزنا منه وكان عفيفاً حال القذف وجب على قاذفه الحد .

ولأن الاعتبار في الحد بحال الوجوب، بدليل أن العبد إذا زنا وجب عليه حد العبيد، وإن أعتق قبل إقامة الحد عليه وجب عليه حد العبيد اعتباراً بحال الوجوب، وكذلك من زنا وهو بكر وجب عليه حد الإبكار، فلو لم يقم عليه الحد حتى صار ثيباً حُدّ حَدّ الإبكار اعتباراً بحال الوجوب، كذلك ههنا وجب أن يقام عليه الحد اعتباراً بحال الوجوب .

ولأن من قذف مرتداً لا حد عليه كما لو قذف زانياً لا حد عليه، ثم ثبت أنه لو قذف مسلماً فلم يحد حتى ارتد المقذوف لم يسقط الحد عن قاذفه، كذلك إذا قذفه وهو عفيف فلم يحد حتى زنا .

مسألة : قال : (ومن قذف عبداً أو مشركاً أو مسلماً له دون العشر سنين، أو مسلمة لها دون التسع سنين أدب ولم يحدّ) .

أما العبد والمشرك فإنما لم يجب[1] حد القذف على[2] قاذفهما ؛ لأن حد القذف يجب بقذف المحصنات، لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور: ٤] .

والرق والشرك ينافيان الإحصان ؛ لأن الإحصان في الشرع ينقسم أربعة أقسام : يقع على الزوجية ، وعلى الحرية ؛ وعلى العفة ، وعلى الإسلام.

(١) في (ب) : يحد .

(٢) لفظة (على) سقطة من ب .

أما الزوجية فقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ إلى قوله : ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٣] يعني الحرائر من أهل الكتاب.

ويقع على العفة بقوله تعالى : ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النور : ٢٥].

ويقع على الإسلام بقوله تعالى : ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ﴾ [النساء : ٢٥] يعني فإذا أسلمن ، فدل على أن الرق ينافي الإحصان ؛ لأنه لا يقع عليه، وينافي الكفر ؛ لأن الكفر ينافي (العفة)[1] .

وأما إذا كان المقذوف مسلماً له دون عشر سنين ، والمقذوفة دون التسع سنين فلا حد على قاذفهما أيضاً ؛ لأن حد القذف إنما يجب لإدخال المعرة على المقذوف، ومن له دون عشر سنين ودون تسع سنين فلا تلحقه معرّة؛ لأن مثله لا يطأ، فعلم كذب القاذف ، ولهذا لم يجب عليه الحد .

ويفارق هذا إذا كان له عشر[2] سنين والجارية تسع سنين؛ لأن مثله يطأ ومثلها يوطأ ؛ فلهذا كان على قاذفهما الحد؛ لأن المعرة تلحق بهما .

مسألة : قال : (ومن قذف من كان مشركاً وقال : أردت أنه زنا وهو مشرك لم يلتفت إلى قوله[3] وحد إن طالب المقذوف، وكذلك من كان عبداً) وذلك لأنه قد أتى بصريح القذف وادعى معنى غيره، فلا يقبل منه .

---

(١) في المخطوطتين : العقد .

(٢) في (س) : له دون عشر .

(٣) في (س) : مقاتله . وهو خطأ والصواب من (ب) .

مسألة : قال : (ويحد من قذف الملاعنة) وذلك لأنه لم يتحقق عليها القذف بلعان الزوج؛ لأن لعانه على أصلنا يوجب اللعان عليها دون الحد، ولأنه يمين وليس بشهادة، وإذا لم يتحقق القذف فقد قذف امرأة لم تسقط حصانتها، فحد قاذفها كالعفيفة .

مسألة : قال : (وإذا قذف المرأة وهي ميتة مسلمة كانت أو كافرة حد القاذف إذا طالب الابن (بذلك) [1] وكان مسلماً حراً) خلافاً لأبي بكر بن جعفر من أصحابنا في قوله : (لا يملك الابن المطالبة، قال : لأنه قذف لميتة، فلا يملك الوارث المطالبة به، كما لو كان المقذوف حياً ثم مات ، فإن وارثه لا يرث حق المطالبة على أصلنا، كذلك ههنا .

والدلالة على صحة ما قاله الخرقي : أن هذا القذف حصل في نسب الحي، فلهذا ملك المطالبة بكل حال مسلمة كانت أو كافرة، ولهذا المعنى اعتبرنا أن يكون الابن مسلماً حراً ليكون على صفة يحد قاذفه، لأن القدح داخل على نسبه.

ويفارق هذا إذا كان القذف لابنه الميت، أو أبيه، أو أخيه أنه لا يملك المطالبة ؛ (لأن ذلك القذف لا يقدح في نسبه، فلهذا لم يملك المطالبة)[2]، فإن قيل: فيجب أن يملك المطالبة بذلك في حياة الأم ؛ لأن القدح في نسبه موجود . قيل : إنما لم يملك لأن هناك (من) [3] هو أخص منه بالمطالبة وهي الأم.

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ب) .

(٢) ما بين القوسين زيادة من (ب) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من (ب) .

مسألة : قال : (ومن قذف أم رسول الله ﷺ قتل مسلماً كان أو كافراً) .

معناه : أنه لا يُستتاب ويقتل، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يستتاب كالردة .

دليلنا : أن من قذف أم النبي ﷺ فقد قصد نقص النبي ﷺ وأدخل (النقص)[1] عليه ، وفاعل هذا يجب قتله بكل حال .

يدل عليه : ما روى عكرمة أن أم ولد رجل من المسلمين سبت النبي ﷺ فقتلها مولاها فأهدر النبي ﷺ دمها[2] .

فوجه الدلالة : أن النبي ﷺ لم ينكر عليه أنه لم يستتبها .

وعن ابن عمر أنه مر براهب فقيل: إن هذا يسب النبي ﷺ فقال ابن عمر : لو سمعته لقتلته، إنا لم نعطهم الذمة أن يسبوا نبينا ﷺ[3]. وفي لفظ آخر عنه قال: من شتم النبي ﷺ قُتل[4] .

وروي أن خالد بن الولد قتل رجلاً شتم النبي ﷺ ولم يستتبه[5] ، وروي عنه أنه قتل امرأة سبّت النبي ﷺ[6] ولا يعرف لهم مخالف .

ولأن النبي ﷺ مخلوق، والمعرة تلحقه وتدخل عليه، فإذا سبه فقد نقص

---

(١) في (ب) المعرة .

(٢) رواه أبوداود في الحدود (٤٣٦١)، والنسائي في تحريم الدم (٤٠٨١) . قال الألباني: صحيح .

(٣) رواه ابن أبي عاصم في الديات (٣٤٢)، والحارث كما في المطالب العالية (٢٠٣١) .

(٤) رواه ابن أبي عاصم بنحوه في الديات (٣٤١) .

(٥) رواه ابن حزم في المحلى (١٢/ ٤٣٧) .

(٦) رواه أبوعبيد في الأموال (٤٨٣) ، والبيهقي (٨/ ٣٥٢) .

من حرمته، فلهذا قتل.

ويفارق هذا إذا سبّ الله عز وجل ؛ لأنه خالق، فالمعرة تنتفي عنه، فجاز أن يقف ذلك على توبته .

مسألة : قال : (ومن قذف الجماعة بكلمة واحدة فحدّ واحد إذا طالبوا أو واحد منهم) خلافاً للشافعي رحمه الله في الجديد: يحد لكل واحد منهم حداً كاملاً . وقد روي مثل ذلك عن أحمد رحمه الله .

وجه ما نقله الخرقي : قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور : ٤] .

فأوجب على قاذف المحصنات جلد ثمانين ، ولم يفرق بين أن يكون قذف جماعة أو واحد .

ولأنها حدود ترادفت من جنس واحد، فجاز أن تتداخل كالزنا والسرقة وشرب الخمر .

ولأن الحد إنما وجب على القاذف بإدخال المعرة على المقذوف بقذفه، فإذا حد زالت المعرة، ووجدنا أن واحداً إذا قذف جماعة فقد عرّهم بذلك ، فإذا حُدّ في حقهم حداً واحداً فقد تكررت في حقهم، فوجب أن يقتصر على حد واحد .

مسألة : قال : (ومن أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم لم يتابع ولم يثار حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد[1] ، وإن قتل أو أتى حداً في الحرم

---

(١) لفظة « الحد » سقطت من (ب) .

أقيم عليه الحد في الحرم، أما إذا أتى الحد خارج الحرم ثـم لجأ إليه لم يقم عليه الحد في الحرم) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يقام عليه الحد في الحرم.

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾ [آل عمران : ٩٧] فظاهره[١] الخبر، والمراد به الأمر، كأنه قال : ومن دخله فأمنوه ؛ لأنه لو لم يكن كذلك لوقع الخبر بخلاف مخبره ويدل عليه قوله النبي ﷺ : « إن أعتى الناس على الله تعالى ثلاثة : رجل قتل غير قاتله ، ورجل قتل برجل في الجاهلية ، ورجل قتل في الحرم »[٢] .

ويدل عليه قول النبي ﷺ : «إن مكة حرام حرمها الله تعالى، لا ينفر صيدها، ولا يختلى خلاؤها ، ولا يعضد شجرها ، ولا يسفك فيها دم »[٣] ؛ ولأنه إجماع الصحابة .

وروي عن ابن عمر أنه قال : لو وجدت قاتل عمر رضي الله عنه في الحرم: ما هجته[٤] .

وعن ابن عباس في الذي يصيب الحد في الحل ثم لجأ إلى الحرم أنه إذا خرج من الحرم أقيم عليه ، ولا يُعرف له مخالف .

وكل حيوان يجب بقتله الكفارة بحال وكان قتله في غير الحرم مباحاً فإنه

---

(١) في (أ) : فظاهر .

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٧) . قال الأرناؤوط : إسناد حسن .

(٣) رواه الإمام البخاري بنحوه في كتاب الحج (١٧٣٧) ، ومسلم في كتاب الحج حديث (١٣٥٣) .

(٤) رواه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٩/ ٣٧٨) .

إذا لجأ إليه لم يجز قتله .

دليله : الصيد ، بل هو أولى؛ لأنه أعظم حرمة ، وكل موضع يضمن صيده بالجزاء ، فإذا التجأ إليه لم يقتص منه كالمسجد الحرام .

وقوله : (لم يبايع ولم يُشار) فذلك لأنه لو ترك موسعاً عليه لم يخرج، وسقط حق المجني عليه، وإذا ضيق عليه في الحرم حمله ذلك على الخروج لاستيفاء الحق منه.

وأما إذا أتى شيئاً من ذلك في الحرم فإنه يقام عليه في الحرم ، والدلالة عليه قول تعالى : ﴿وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ ۖ فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة : ١٩١] . فمنع من القتال عنده إلا أن يوجد منهم قتال فيه فيكون قتالهم عنده مباحاً.

ولأنه إذا أتى شيئاً من ذلك فقد وجد المسبب المبيح لقتله في الحرم، فصار كالصيد إذا حمل عليه إنسان ليقتله أن له قتل الصيد ، ويفارق هذا إذا قتله خارج الحرم ؛ لأن السبب المبيح لقتله لم يوجد في الحرم، فلا يجوز قتله كما قلنا في الصيد، وبالله التوفيق .

* * *

كتاب القطع في السرقة

السرقة : أخذ المال على طريق الخفية ، ألا ترى أن ما يكون على سبيل المجاهرة يسمى نهبة أو خلسة أو غصباً ، وما يكون على طريق الخفية يسمى سرقة .

والأصل في القطع في السرقة قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨] .

وروى النخعي عن ابن مسعود أنه كان يقرأ: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيمانها﴾[1].

وأيضاً روي أن صفوان قدم المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه ، فجاء سارق فأخذه من[2] تحت رأسه، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى النبي ﷺ فأمر بقطع يده، فقال صفوان : لم أرد هذا ، هو عليه صدقة . فقال النبي ﷺ : «فهلا قبل أن تأتيني به» [3] .

مسألة : قال : (وإذا سرق ربع دينار من العين أو ثلاثة دراهم من الورق، أو ما قيمته ثلاثة دراهم طعاماً كان أو غيره وأخرجه من الحرز قطع إلا أن يكون المسروق ثمراً أو كَثَراً فلا قطع عليه) خلافاً لأهل الظاهر والخوارج في

---

(١) رواه الطبري في تفسيره (١٠/ ٢٩٤) (١١٩٠٧) .

(٢) في (س) جم .

(٣) أخرجه النسائي في قطع السارق (٤٨٩٩)، وابن ماجه (٢٥٩٥)، والبيهقي (٨/ ٢٦٥) . قال الألباني : صحيح .

قولهم: لا نصاب في السرقة، ويجب القطع بسرقة القليل والكثير، وللشافعي رحمه الله في قوله: الورق ليس بنصاب في القطع، والنصاب ربع دينار فصاعداً، وسائر الأشياء مقوم به.

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله: النصاب عشرة دراهم.

فالدلالة على أهل الظاهر في اعتبار النصاب: ما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً»[١].

وفي بعض الأخبار: «اقطعوا في ربع دينار، ولا تقطعوا في أقل منه»[٢].

وروى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم»[٣].

وروى عبدالرحمن بن أبي حسين المكي أن رسول الله ﷺ قال: «لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل، فإذا أواه المراح فالقطع فيما بلغ المجن»[٤].

والدلالة على الشافعي رحمه الله في أن الورق نصاب: ما تقدم من حديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم» فدل على أنها أصل.

وقوله في خبر عبدالرحمن: «لا قطع في ثمر معلق، فإذا أواه المراح فالقطع فيما بلغ المجن» فجعله أصلاً يرد إليه.

---

(١) رواه البخاري في الحدود (٦٤٠٥)، ومسلم في الحدود (١٦٨٤).

(٢) رواه السلمي في تاريخ جرجان ص(٢٥٦).

(٣) رواه البخاري في الحدود (٦٤١١)، ومسلم في الحدود (١٦٨٦).

(٤) رواه مالك في الموطأ (١٥١٨)، والبيهقي (٨/ ٢٦٦).

ولأن الورق قيم المتلفات فكان نصاباً في القطع السرقة، دليله : الذهب.

ولأنه [١] حكم يتعلق به نصاب من الذهب، فتعلق به نصاب من الورق، دليله : الزكاة .

والدلالة على أبي حنيفة رحمه الله : ما تقدم من حديث عائشة رضي الله عنها وقول النبي ﷺ : « القطع في ربع دينار فصاعداً » فجعل جنس القطع موقوفاً على هذا القدر .

وحديث ابن عمر أنه عليه السلام « قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم » وهذا نص .

وأما قوله : (أو ما قيمته ثلاثة دراهم طعاماً كان أو غيره) معناه أنه إن كانت السرقة عروضاً قومت بالورق لا بالذهب ؛ لأن المجن الذي سرق على عهد رسول الله ﷺ قوم بالدراهم ، فكان ذلك دلالة على أن قيمة العروض بالدراهم، ولأنها أعم وجوداً من الذهب، وأسهل في باب التقويم؛ لأنها قليل أن يدخلها كسر ، والذهب يدخله كسر، ويضيق تحقيق وزنه .

وقوله : (طعاماً كان أو غيره) يعني به مثل الثمار الرطبة، والطعام الرطب، والفواكه كلها إذا بلغ قيمتها نصاباً وسرقت من حرزها، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا قطع في الطعام والرطب .

دليلنا : قوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة: ٣٨] .

وأيضاً روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ سُئل عن الثمر

---

(١) في (س) : ولا .

المعلق أفيه القطع ؟ فقال : « لا قطع فيه ما لم يؤوى إلى الجرين ، فإذا أواه الجرين وبلغت قيمته المجن ففيه القطع»[١] فقد أثبت فيه القطع .

ولأنه جنس في العادة فجاز أن يتعلق القطع بسرقته ، دليله : الذهب والفضة .

أو نقول: جنس مال يباع ويبتاع فتعلق القطع بسرقته كالثياب وغيرها ، ولا يدخل عليه الماء ؛ لأنه لا يتمول في العادة .

وقوله : (وأخرجه من الحرز قطع) خلافاً لداود في قوله : يقطع من سرق من غير حرز .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « ليس على المختلس، ولا على المنتهب، ولا على الخائن قطع »[٢] .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سئل النبي ﷺ عن حريسة الجبل أفيها قطع فقال : « ليس في الماشية قطع إلا أن يؤويها المراح ، ولا في الثمر قطع إلا أن يؤويه الجرين » .

والنبي ﷺ أسقط القطع في الماشية قبل المراح، وأثبته فيها بعد المراح ، ويعني بالثمرة أن تكون معلقة في رؤوس النخل والشجر، والكثر – وهو جمار النخل – فلا قطع في ذلك لما تقدم من حديث عمرو بن شعيب وقوله في الثمر : « لا قطع إلا أن يؤويه الجرين » .

---

(١) أخرجه النسائي في قطع السارق (٤٩٧٢، ٤٩٧٤) . قال الألباني : صحيح .

(٢) رواه الترمذي في الحدود (١٤٤٨) ، والنسائي في قطع السارق (٤٩٧١) . قال الألباني: صحيح .

وفي حديث عبدالرحمن بن أبي حسين : « لا قطع في ثمر معلق، ولا حريسة جبل، فإذا أواه المراح فالقطع فيما بلغ قيمة المجن » وهذا نص .

مسألة : قال : (وابتداء قطع السارق أن تقطع يده اليمنى من مفصل الكف وتحسم ، فإن عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب[1] وحسمت ، فإن عاد حبس ولا يقطع غير يد ورجل) .

أما قوله : (ابتداء القطع يده اليمنى) فذلك لما روى النخعي في قراءة عبدالله بن مسعود « والسارق والسارقة فاقطعوا أيمانهما »[2] .

والقراءة الشاذة تحل[3] محل خبر الواحد ؛ لأنها مأخوذة عن النبي ﷺ ؛ لأن أحداً لا يقرأ بحرف إلا عن رواية عن النبي ﷺ .

وروي عنه أيضاً أنه قال : (والسارق إذا سرق فاقطعوا يمينه) [4] .

وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قالا : إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه[5] . ولا مخالف لهما .

وقوله : (من مفصل الكف) وهو المفصل الذي بين الكف والذراع .

وكذلك الرجل من المفصل الذي بين الساق والقدم ، خلافاً للخوارج في قولهم : يقطع من مفصل المنكب .

---

(١) في (ب) : القدم .

(٢) رواه الطبري في تفسيره (١١٩٠٧) ، والبيهقي (٨/ ٢٧٠) .

(٣) في (س) : تحصل .

(٤) لم أجده . وانظر إرواء الغليل (٢٤٢٩، ٢٤٣٠) .

(٥) قال الحافظ في التلخيص الحبير (٤/ ٧١) : لم أجده .

دليلنا : قوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨]. واسم اليد إذا أطلق فإنه يتناول اليد إلى الكوع .

ولأن الله تعالى قال في آية الطهارة : ﴿ فَٱغْسِلُوا۟ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ ﴾ [المائدة : ٦] . فأدخل على ذلك حرف الغاية، فثبت أنه ذكر زيادة ولو كانت اليد إلى المنكب لكان يدخل عليه حرف الاستثناء .

وروي نحو مذهبنا عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولا مخالف لهما .

مسألة : قال : (فإن عاد قطعت رجله اليسرى من خلاف مفصل القدم) خلافاً لعطاء في قوله : تقطع يده اليسرى؛ لأنها أقرب إلى اليمنى .

دليلنا : ما روى أبوهريرة و محمد بن المنكدر عن جابر أن النبي ﷺ : «أتي بسارق فقطع يده، ثم أتي به وقد سرق فقطع رجله، ثم أتي به وقد سرق فقتله»[1] .

ولأنه إجماع الصحابة روي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما .

ولأن القطع من خلاف أرفق به ؛ لأنه إذا قطعت رجله بقيت يده ورجله فتبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها ، ورجل يمشي عليها بخشبة فكان ذلك أولى من مضايقته والتغليظ عليه من أن تقطع يد بعد يد .

وقوله : (وحسمت) والحسم أن يغلى الزيت حتى إذا قطعت اليد جعل موضع القطع في الزيت المغلي حتى تنسد أفواه العروق وينحسم خروج الدم منها ، وذلك لما روى أبوهريرة رضي الله عنه قال : أتي النبي ﷺ برجل قد

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٨) ، والبيهقي (٨/ ٢٧٢) ، والدولابي في الكنى (١٧٥٠).

سرق شملة فقال: «اذهبوا به فاقطعوه واحسموه»[١].

وروى أمية المخزومي قال: أتي النبي ﷺ بلص قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع، فقال النبي ﷺ: «ما أخالك سرقت» قال: بلى. فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً، فأقر فقطعه وحسمه وخوفه فقال: «استغفر الله وتب إليه»[٢].

ولأنه إذا حسمه كان أسلم؛ لأن أفواه العروق تنسد وينقطع الدم، وإذا لم يحسمه ربما لم ينقطع فيفضي إلى موته.

وقوله: (فإن عاد حبس، ولا تقطع غير يد ورجل) خلافاً للشافعي رحمه الله وإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله: أنه قطع يده اليسرى في الثالثة والرجل اليمنى في الرابعة.

وجه ما نقله الخرقي: قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] فأضاف اليد إليهما بلفظ الجمع، فدل على أنه أراد يداً واحدة، كما قال تعالى: ﴿إِن تَتُوبَآ إِلَى ٱللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحريم: ٤]. فأضاف القلب إلى الاثنين بلفظ الجمع، ثم كان لكل واحد منهما قلب واحد.

ويبين ذلك أن العرب تقول: قطعت رؤوسهما، وبعجت بطونهما، وضربت ظهورهما، فتضيف الشيء الواحد إلى الاثنين بلفظ الجمع.

ويدل عليه أيضاً أن في قراءة عبدالله بن مسعود «فاقطعوا أيمانهما» فإذا ثبت أن المراد بالآية واحدة لم يجب قطع أخرى.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٠٢)، والبيهقي (٨/ ٢٧١)، والحاكم (٤/ ٣٨١).

(٢) أخرجه أبوداود في الحدود (٤٣٨٠)، والنسائي في قطع السارق (٤٨٧٧). قال الألباني: ضعيف.

ولأن في قطع اليسرى إبطال منفعة البطش في حق الله تعالى ؛ فوجب أن لا يجوز قياساً على الثانية ، وإلى هذا أشار علي رضي الله عنه بقوله: «إني لأستحي من الله عز وجل أن لا أدع له يداً يتطهر بها »[١] .

ولأن كل عضو لا يقطع في المرة : (الثانية فإنه لا يقطع في المرة)[٢] الثالثة قياساً على الأنف والأذن وسائر الأعضاء .

ووجه الثانية : ما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ قال في السارق : « إذا سرق «فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله ، ثم إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله »[٣] .

وروى جابر بن عبدالله رضي الله عنه أن النبي ﷺ : « أتي بسارق فقطع يده، ثم أتي به وقد سرق فقطع رجله ، ثم أتي به وقد سرق فقتله »[٤] . وكل يد جاز أخذها قصاصاً جاز أخذها في السرقة كاليمين .

مسألة: قال: (والحر والحرة والعبد والأمة في ذلك سواء) يعني به في وجوب القطع بالسرقة ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨] وهذا عموم في الأحرار والعبيد والذكور والإناث .

وروي أن غلماناً لحاطب نحروا ناقة لرجل من مزينة، فأتى بهم عمر رضي

---

(١) رواه عبدالرزاق (١٨٧٦٤) ، والدارقطني (٣/ ١٠٣) .

(٢) ما بين القوسين من هامش (س) .

(٣) رواه الدارقطني (٣/ ١٨١) . وفي سنده الواقدي .

(٤) رواه البيهقي (٨/ ٢٧٢) قال في البدر المنير (٨/ ٦٧٢) : ضعيف .

الله عنه فأراد قطع أيديهم ثم قال: «لولا أني أعلم أنك تجيعهم لقطعتهم»[١] فدل على أن العبيد يقطعون في السرقة.

ولأنه حد من الحدود فاشترك فيه الذكور والإناث والأحرار والعبيد، كسائر الحدود من الزنا والقذف وشرب الخمر، إلا أن العبيد كانوا فيها على النصف؛ لأنه يصح تبعيضها، والقطع لا يصح تبعيضه، فلهذا تساووا في قدره كالقصاص.

مسألة: قال: (ويقطع السارق وإن وهبت له السرقة بعد إخراجه لها) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: «يسقط».

دليلنا: ما روي أن صفوان بن أمية نام في المسجد وتوسد رداء فجاء سارق، فسرقه فصاح، فأخذ السارق فأتى به النبي ﷺ فأمر بقطعه فقال صفوان: يا رسول الله، ما أرادت هذا، هو عليه صدقة. فقال: «هلا قبل أن تأتيني به». وقطعه[٢].

ولم يسقط النبي ﷺ عن السارق القطع بهبة صفوان له المسروق، وقوله: «هلا قبل أن تأتيني به» لا يدل على أن القطع بدل لأجل الهبة، لكن لأنه لا يطالب بها.

ولأنه حدوث ملك بعد وجوب الحد، فلا يغير حكمه، كما لو زنى بجارية ثم ملكها.

ولأنه معنى حدث في المسروق بعد وجوب القطع، فلم يسقط، كما لو أتلف المسروق، ولا يدخل عليه إذا أقر المسروق له بالسرقة، لأنا نتبين بذلك

---

(١) رواه مالك في الموطأ (١٨٩٢) بنحوه. وإسناده منقطع.

(٢) رواه أبو داود (٤٣٩٤).

أن الملك كان موجوداً حال الوجوب، فيسقط القطع .

ولأن الاعتبار في الحد بحالة وجوبها دون ما يطرأ بعد الوجوب، بدليل أنه لو زنى وهو بكر فلم يقم عليه الحد حتى صار ثيباً أقيم عليه حد الإبكار، ولو زنى وهو عبد فلم يقم عليه الحد حتى أعتق أقيم عليه حد العبيد ، ولو سرق ما قيمته أقل من نصاب فبلغت قيمته نصاباً، فلا قطع اعتباراً بحال وجوبه .

مسألة : قال : (ولو أخرجها وقيمتها ثلاثة دراهم فلم يقطع حتى نقص قيمتها قطع) خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في قوله « يسقط » .

دليلنا : أنه لو حدث نقص بالمسروق بعد إخراجه من حرزه لم يسقط القطع به، كما لو نقصت العين، كأن تلف بعضها بحرق أو غيره، فنقصت قيمتها عن نصاب.

ولأنه يتناول نصاباً من حرز لا شبهة له فيه فلزمه القطع، كما لو لم تنقص القيمة .

ولأن الاعتبار في الحدود بحال وجوبها دون ما يطرأ من الوجه الذي تقدم.

مسألة : قال : (وإذا قطع فإن كانت السرقة قائمة ردت إلى مالكها ، وإن كانت تالفة فعليه قيمتها معسراً كان أو موسراً) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : «إذا قطع لا يلزمه الغرم » فعنده لا يجتمع القطع والغرم معاً .

دليلنا : أنه تناول عيناً بتفريط منه لا على وجه الدين، فلزمه ضمانها، كما لو غصبها .

ولأن القطع والغرم حقان مختلفان يجبان بشيئين مختلفين؛ لأن الغرم يجب بتناول العين، والقطع يجب بالإخراج من الحرز ، فوجوبها بجهتين مختلفتين، فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة في الصيد المملوك .

مسألة : قال : (وإذا أخرج النباش من القبر كفناً قيمته ثلاثة دراهم قطع) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : « لا يقطع » .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة : ٣٨] ولم يفصل ، والنباش يسمى سارقاً ؛ لأن السارق في اللغة : من أخذ الشيء على وجه الخفية، ومنه يقال: فلان سارق النظر، أي إذا نظر إليه خفية.

وروى عن عمر بن عبدالعزيز أنه قال : يقطع سارق أحيائنا، ولا يقطع سارق موتانا[1] . فسماه سارقاً .

ولأنه يتحاشى في اللغة والعادة بأن يقال : سرق ثياب الحي ، وسرق كفن الميت[2] .

وكل حكم تعلق بأخذ ثياب الحي جاز أن يتعلق بأخذ الكفن، كالغرم .

ولأنه تناول نصاباً من حرز مثله على الاستخفاء لا شبهة له فيه ، فلزمه القطع، كما لو سرق الثياب من البيت .

أو نقول : لأنه موضع يحرز في مثله غالباً ، فجاز أن يجب القطع بأخذه كالبيوت .

مسألة : قال : (ولا يقطع في محرم ولا في آلة لهو) .

أما المحرم مثل : الخمر والخنزير والميتة ونحو ذلك، فلا قطع فيه ؛ لأنه لا قيمة لهذه الأشياء في شرعنا ، وما لا قيمة له لا يُقطع السارق بأخذه ، وكذلك آلة اللهو لا يقطع بسرقتها ؛ لأنه لا قيمة لها عندنا ، بدلالة أنه لو كسرها إنسان

---

(١) لم أجده . وانظر الكامل لابن عدي (٤/ ٤٩١) ، والتاريخ الصغير للبخاري (٢/ ٢٦٠) .

(٢) في (ب) : الموتى .

على وجه الأمر بالمعروف لم يكن عليه ضمان قيمتها، فلم يقطع السارق فيها.

ولأنه ممنوع من إمساكه، فلا يقر عليه، فهو كالعين المغصوبة، ولا يقطع في العين المغصوبة إذا سرقت من غاصبها، كذلك ههنا .

مسألة: قال: (ولا يقطع الوالد فيما أخذ من مال ولده؛ لأنه أخذ ما له أخذه ، ولا تقطع الوالدة فيما أخذت من مال ولدها) وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أنت ومالك لأبيك»[1] فلو قطعناه بسرقة أبيه كان قطعاً بسرقة مال نفسه.

ولأن ماله في حقهما يجري مجرى مال أنفسهما بدليل أن شهادتهما له غير مقبولة كما لا تقبل شهادته لنفسه ، والإنسان لا يقطع بسرقة مال نفسه ، كذلك في مال من أجري مجرى نفسه .

ولأن القطع بالسرقة صيانة للمال ، والقتل بالقتل صيانة للدماء ، ثم ثبت أن الوالدين لا يقادا بولدهما صيانة لدمائهما ، فبأن لا يقطعا بمال ولدهما أولى وأحرى .

وأما قوله في الأب: (لا يقطع لأنه أخذ ما له أخذه) معناه أن للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء زيادة على فضل نفقته إذا لم يجحف ذلك بماله.

مسألة : قال : (ولا يقطع العبد فيما سرق من مال سيده) وذلك لما روى مالك عن الزهري عن السائب بن يزيد عن عبدالله بن عمرو الحضرمي أنه جاء بغلام له إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : اقطع هذا فإنه سرق. فقال : ما الذي سرق ؟ فقال : مرآة لامرأتي ثمنها ثمانون درهماً . فقال : أرسله ،

---

(١) رواه ابن ماجه في التجارات (٢٢٩١) . قال الألباني: صحيح .

فليس عليه قطع ، خادمكم سرق متاعكم [(١)] .

وعن عمر أنه جاءه رجل فقال : عبدي سرق مالي ، فقال : لا قطع عليه مالك سرق مالك[(٢)] .

وعن ابن مسعود جاءه رجل فقال : عبدي سرق قباء لعبد لي آخر ، فقال: لا قطع مالك سرق مالك[(٣)] . ولا مخالف له.

ولأن العبد مال ، والمال لا يجوز إتلافه عن المال ، ولأن يده كيد سيده ، فإن كان كيد سيده فما أخذ عن يده ملكه، فوجب أن لا يقطع .

مسألة : قال : (ولا يقطع السارق إلا بشهادة عدلين ، أو اعتراف مرتين، ولا ينزع عن إقراره) أما الشهادة على السرقة فأقلها شاهدان ذكران لقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق : ٢] .

ولأنه حد من الحدود فلا يثبت بأقل من شاهدين ذكرين ، دليله : شرب الخمر والقذف .

وأما الإقرار فلا يثبت به القطع حتى يقر مرتين، خلافاً لأكثرهم في قولهم: يثبت بمرة واحدة .

دليلنا : ما روى أبو أمية المخزومي أن النبي ﷺ أتى بسارق وقد اعترف ولم

---

(١) رواه مالك في الموطأ (١٥٢٩) ، والدارقطني (٣/ ١٨٨) . قال في إرواء الغليل (٢٤١٩): صحيح .

(٢) رواه مالك بمعناه في الموطأ (١٥٢٩) وقد تقدم . وانظر: علل الحديث لابن أبي حاتم ٤/ ١٩٠ (١٣٥٥) .

(٣) رواه البيهقي (٨/ ٢٤٣، ٢٨١) ، والطبراني في الكبير (٩/ ٣٤٠) (٩٧١٤)، وابن أبي شيبة بنحوه (٢٩١٦٢) .

يوجد معه متاع فقال له النبي ﷺ : « ما أخالك سرقت » فقال : بلى . فأعاد مرتين فأمر بقطعه[١] .

فلو كان الحد قد وجب بأول مرة لم يؤخر .

وروى القاسم بن عبدالرحمن عن أبيه قال : أتي برجل إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال : إني سرقت، فأعرض عنه، ثم عاد مرة أخرى فقال: إني سرقت، فأمر به علي رضي الله عنه أن يقطع وقال : شهدت على نفسك مرتين، فقطع يده[٢] .

ولأنه لفظ يثبت به القطع في السرقة، فاعتبر فيه العدد ، دليله : البينة .

ولأنه حد يتضمن إتلافاً من شرطه التكرار ، دليله: حد الزنا . ولا يلزم عليه حد القذف وشرب الخمر ، فإنه لا يتضمن إتلافاً ، فلهذا لم يعتبر فيه التكرار ، وهذا القياس يختص أبا حنيفة .

وقوله : (ولا ينزع عن إقرار حتى يقام عليه الحد) يعني لا يرجع عن إقراره، فإن أقر ثم رجع فلا قطع عليه، خلافاً لابن أبي ليلى في قوله : لا يسقط.

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه أتى بسارق وقد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع فقال : « ما أخالك سرقت » قال: بلى ، فكرر عليه ثلاثاً ثم قطعه[٣] .

وهذا تعريض بالرجوع .

وروي نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) رواه عبدالرزاق (١٨٧٨٣) ، وابن أبي شيبة (٢٨٧٧٤) .

(٣) سبق تخريجه .

ولأنه حق لله تعالى ثبت بالاعتراف فسقط الرجوع، كحد الزنا .

مسألة : قال : (وإذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم قطعوا) ظاهر كلامه أن عليهم القطع سواء كان المسروق عيناً واحدة مثل الساجة يشتركون في حملها، أو ثوباً طويلاً ، أو كانت أشياء متفرقة انفرد كل واحد بأخذ جزء منها وبلغ قيمة الجميع نصاباً ، وقد نص أحمد رحمه الله على هذا، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: لا قطع حتى تبلغ قيمتها في حق كل واحد منهم نصاباً.

دليلنا : أنها عين لو انفرد بسرقتها واحد قطع، فإذا اشتركوا فيها جماعة قطعوا . دليله : لو كانت العين قيمتها نصاباً على عددهم .

ولأنها عين لو انفرد بأخذها قطع، فإذا شارك غيره فيها لم يسقط القطع، دليله : قطع يد الغير .

ولأن القطع حق يتعلق وجوبه بوجود النصاب، فاستوى فيه حال الانفراد والاشتراك، دليله : النصاب في الزكاة يستوي فيه عندهم في الماشية.

ولأن القطع وضع للزجر والردع عن المال ، كما أن القصاص وضع ردعاً وزجراً عن النفس ، ثم ثبت أن اشتراك الجماعة في نفس واحدة يوجب القصاص، كذلك اشتراكهم في سرقة عين واحدة .

مسألة : قال (ولا يقطع وإن اعترف أو قامت البينة حتى يأتي مالك المسروق فيدعيه) .

وقال أبوبكر بن جعفر من أصحابنا : يقطع ولا يحتاج إلى المطالبة .

وجه ما نقله الخرقي : أن النبي ﷺ لم يقطع عمرو بن سمرة حين أقرا أنه سرق جملاً لآل أبي فلان حتى بعث إليهم فقالوا: افتقدنا جملاً لنا ، وطالبوا

بذلك فقطعه[1].

ولو جاز قطعه قبل المطالبة لم يبعث إليهم، وقد ذكر ابن شاهين هذا الحديث في كتاب الحدود عن عبدالرحمن بن ثعلبة الأنصاري، عن أبيه أن عمرو بن سمرة أتى النبي ﷺ فقال : إني سرقت جملاً لبني فلان، فأرسل إليهم النبي ﷺ فقالوا : افتقدنا جملاً لنا، فأمر به رسول الله ﷺ فقطعت يده . فقال : الحمد لله الذي طهرني منك، أردتِ أن تدخلي جسدي النار.

ولأنه يحتمل أن يكون أباح هذه السلعة لمن أخذها، أو وقفها على السارق وهو لا يعلم ، أو كانت ملكاً للسارق عند الغائب ولا تعلم به البينة، فأسقط الحد عنه للاحتمال بالشبهة .

ووجه قول أبي بكر بن جعفر : أن القطع لله تعالى ، فلم تعتبر فيه المطالبة كالزنا .

ولأن العبد لو أقر على نفسه بالسرقة بمال في يده لزيد ، فأنكر السيد ذلك ، وادعى أن المال الذي في يده ملك له قطع، وكان المال للسيد ، ومعلوم أنه لا يطالب بالسرقة في هذا الموضع وقد وجب القطع، كذلك هاهنا، وبالله التوفيق.

* * *

---

(١) رواه ابن ماجه في الحدود (٢٥٨٨) . قال الألباني : ضعيف .

كتاب قطاع الطريق

قال الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ [المائدة : ٣٣] .

والمراد بهذه الآية عند الفقهاء: قطاع الطريق ، وهو من شهر السلاح، وأخاف السبيل بقطع الطريق ، وهو قول ابن عباس .

وقال ابن عمر : المراد بهذه الآية: المرتدون عن الإسلام إذا ظفر الإمام بهم عاقبهم بهذه العقوبة .

وذلك أن الآية نزلت في العرنيين؛ لأنهم دخلوا المدينة فاستوبأوها فانتفخت أجوافهم، واصفرت ألوانهم، فأمرهم النبي ﷺ أن يخرجوا إلى لقاح الصدقة فيشربوا من ألبانها وأبوالها، ففعلوا ذلك، فصحوا فقتلوا الراعي واستاقوا الإبل، فبعث رسول الله ﷺ في طلبهم، فأخذهم فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمل أعينهم، وطرحوا في الحرة حتى ماتوا (١) .

ولأنه عنده فيهم نزلت .

وقال قوم : المراد بهذه الآية أهل الذمة إذا نقضوا العهد ولحقوا بدار الحرب وأخافوا السبيل ، فهؤلاء المحاربون الذين ذكرهم الله في هذه الآية، وحكمهم فيما ارتكبوا من هذه المعصية هذه العقوبة التي ذكرها الله في كتابه.

---

(١) أخرجه مسلم في القسامة (١٦٧١) .

والدلالة على أنه ليس المراد بها أهل الحرب ولا المرتد: قوله تعالى في سياقها: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [المائدة: ٣٤] فأخبر أن العقوبة تسقط بالتوبة قبل القدرة، فلو كان المراد بها أهل الذمة وأهل الردة كانت التوبة منها قبل القدرة وبعد القدرة سواء، فلما خص بالذكر التوبة قبل القدرة وأفردها بالحكم ثبت أن المراد ما ذكرناه.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (والمحاربون الذين يعترضون القوم في الصحراء، فيغصبونهم المال مجاهرة).

ظاهر هذا الكلام أن من أشهر السلاح لغصب المال في الحضر لا يكون حكمه حكم قطاع الطريق، اللهم إلا أن تغلب طائفة منهم على محلة وتعلو كلمتهم فيها فيكون حكمهم حكم قطاع الطريق، فإن لم يعلوا عليها، بل كانوا يظهرون تارة ويختفون تارة فلا يكون حكمهم حكم قطاع الطرق. وذلك أنهم أخذوا المال مجاهرة في موضع يلحق المأخوذ منه الغوث، فوجب أن لا يلزمهم الحد كالمختلس والمنتهب.

ولأنه لا يحصل لهم المنعة بلحوق الغوث من جهة أهل المصر في العادة، فصار حكمهم حكم الواحد، كما لو لم يحصل منعة، فلم توجب عليه أحكام قطاع الطريق.

مسألة: قال: (ومن قتل منهم وأخذ المال قتل وإن عفى، صاحب المال، وصلب حتى يشتهر، ودفع إلى أهله، ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ولم يصلب، ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ثم رجله اليسرى في مقام واحد ثم حسمتا وخلي).

وجملته: أن هذه الحدود تترتب على حسب أفعالهم التي ذكرها، خلافاً لمالك رحمه الله في قوله : تجب هذه الأحكام بمجرد إظهار السلاح وإخافة السبيل، فإذا حصلوا في يد الإمام فمن كان ذا رأي قتله، ومن كان ذا جلد وقوة قطعه ، ومن لم يكن فيه رأي ولا قوة ولا جلد حبسه .

وذهب سعيد بن المسيب، ومجاهد، والحسن، وعطاء إلى أن الإمام فيهم بالخيار: إن شاء قتل، وإن شاء صلب ، وإن شاء قطع .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة : ٣٣]

فالدلالة منها على تلك : هو أن الله تعالى ذكر أحكاماً مختلفة ، والأحكام المختلفة تتعلق بأفعال مختلفة في الأصول، ونحن نعلق ذلك بأفعال مختلفة ، ومالك رحمه الله يعلقها بفعل واحد وهو إظهار السلاح .

ودلالة ثانية في الآية : وهو أنا أجمعنا ومالك على أن الأحكام المذكورة في الآية على الترتيب ، لأنا نحن رتبناها على أفعالهم، وهم رتبوها على صفاتهم ، فكان قولنا أولى ؛ لأنه روى عن ابن عباس وهو ترجمان القرآن، لأنا نعلق القتل بالقتل، والقطع بأخذ المال، فهو موافق للأصول، وهم يعلقون ذلك بإشهار السلاح وإخافة السبيل .

ولأنا علقنا ذلك فأفعال قطاع الطريق، وهم علقوها على صفاتهم ، وأوصاف الشخص لا تجب عليه بها عقوبة ، وإنما تتعلق العقوبة بأفعاله، لأن أوصافه من فعل الله تعالى لا صنع له فيها .

والدلالة الأخرى : تختص من قال : إن الإمام على التخيير ، وهو أن الأحكام التي على الترتيب نبدأ فيها في الشرع بالأغلظ فالأغلظ، ككفارة الظهار والقتل ، بدئ فيه بالعتق ثم الصيام ثم بالإطعام ، وما كان على التخيير بدئ فيها بالأخف فالأخف، ككفارة اليمين بدئ فيها بالإطعام والكسوة ثم بالإعتاق ، فلما بدئ في هذه الآية بالأغلظ فالأغلظ ؛ لأنه بدأ بالقتل ثم الصلب ثم القطع، ثبت أنها على الترتيب .

وأما قوله : « من قتل وأخذ المال قتل وإن عفا صاحب المال » . فهو خلاف لأبي حنيفة في قوله : لا يتحتم قتله، بل للولي أن يعفوه .

دليلنا: قوله تعالى : ﴿أَن يُقَتَّلُوٓاْ﴾ [المائدة: ٣٣] فأوجب القتل وحتمه، وكل عقوبة وجبت بفعل في غير المحاربة زيد فيها تغليظاً لأجل المحاربة ، كالقطع في المحاربة، وهو قطع الرجل، كذلك هاهنا وجب أن يزاد فيها أن يكون متحتماً .

وقوله : (وصلب) فإن الصلب حتم أيضاً على الإمام، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: هو مخير إن شاء قتل ولم يصلب ، وإن شاء قطع وصلب .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ ولا يجوز أن يكون المراد أخذ المال حسب؛ لأن الطالب لا يكون هناك ، ثبت أن المراد حالة القتل وأخذ المال، فصار كالمنطوق به ، واقتضت الآية وجوبه في هذه الحال، وعندهم ليس بواجب حتى يشتهر، ويدفع إلى أهله، خلافاً لمن قال : يترك مصلوباً حتى يسيل صديده .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ فالظاهر أنه يجرى ما وقع عليه

الاسم، ومن قال : يترك حتى يسيل صديده، يفضي إلى تعطيل فرائض الأموات من غسل وتكفين ودفن، وصلاة عليه، وإذا أفضى إلى ذلك سقط.

وقوله : (وإن قتل ولم يأخذ المال قتل وصلب) يعني أن القتل في المحاربة إذا تجرد عن أخذ المال يجري مجرى القتل، وأخذ المال في باب القتل حتماً، وفي الصلب أيضاً، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يصلب إذا لم يأخذ المال .

دليلنا : عموم قوله تعالى : ﴿أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ ﴾ ولم يفرق بين أن ينضم إلى القتل أخذ المال أو لا ينضم إليه .

ولأن قتله يتحتم لأجل المحاربة، فيجب أن يصلب، دليله: إذا أخذ المال.

وقوله : (ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ثم رجله اليسرى في مقام وحسمتا) يعني أنه يوالي بين القطعين ولا يؤخر .

فالدلالة على وجوب القطع: قوله تعالى : ﴿أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ ﴾ .

ولأنه حد واحد، فلم يفرق في وقتين. دليله: حد الزنا .

ولأنه حد في قطع، فيجب أن يحسم ، دليله : القطع في السرقة .

وقوله : (وخلي) لأنه قد استوفى منه الحد الواحد .

مسألة : قال : (ولا يقطع إلا من أخذ من المال ما يقطع فيه السارق) وذلك لأن كل معصية يجب بها عقوبة في غير المحاربة لم يغلظ بها في المحاربة إلا من وجه واحد وهو الانحتام، كذلك هاهنا قد غلظناه فيه بقطع الرجل، ولا يغلظ من وجه آخر، وهو أن يعتبر النصاب.

ولأن القطع حفظ للمال وصيانة له، فإذا كان نصاباً لم يصنه إلا القطع قطعناه، وأقل من نصاب فإنه يصونه عنه غير القطع، وهو أنه شيء تافه لا يقتصر بنفسه في قطع الطريق .

مسألة : قال : (ونفيهم أن يشردوا فلا يتركوا يأووا في بلد) يعني بذلك أنهم إذا أشهروا السلاح ولم يقتلوا ولم يأخذوا المال فإنهم ينفون بأنهم يشردون من بلد إلى بلد، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : نفيهم أن يحبسوا حتى يحدثوا توبة، وللشافعي في قوله : يطلبوا إذا تفرقوا ليقام عليهم الحد.

دليلنا : قوله تعالى : ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ وحقيقة النفي من جميع الأرض إلا أنه لما لم يمكن ذلك حمل على ما يمكن وهو نفيهم من بعضها إلى البعض ، وأما الحبس أو طلبه ليقام عليه الحد فليس بنفي .

ولأنه نفي ورد الشرع به فلم يكن حبساً ، أو نقول: وجب أن يكون نفيه من الأرض الذي هو فيها ، دليله : النفي في البكر الزاني .

مسألة : قال : (فإن تابوا من قبل أن نقدر[1] عليهم سقطت عنهم حقوق الله تعالى، وأخذوا بحقوق الآدميين من الأنفس والجراح[2] والأموال، إلا أن يعفى لهم عنها) أما إذا تاب قاطع الطريق قبل أن يقدر عليه الإمام سقط عنه كل ما كان حقاً لله عز وجل من قطع اليد و الرجل والصلب، وكذلك غير المحارب إذا لزمه حد ثم تاب، خلافاً للشافعي في أحد القولين : لا يسقط .

---

(١) في (ب) : تقدروا .

(٢) لفظة : الجراح . سقطت من (ب) .

دليلنا(١) : قوله تعالى : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهِمْ فَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٤] . فظاهره يقتضي الغفران عن جميع الأشياء .

وقال تعالى : ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾ إلى قوله : ﴿ فَمَن تَابَ مِنۢ بَعْدِ ظُلْمِهِۦ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٨-٣٩] فظاهره يقتضي غفوراً(٢) عن كل شيء .

ولأن العقوبة الواجبة لحق الله تعالى محضة تؤثر التوبة في إسقاطها، كالقتل بالردة ، فأما ما تعلق به من حقوق الآدميين من الأنفس والشجاج التي لا تختص بالمحاربة، كالقتل قصاصاً، والجراح قصاصاً ، وأخذ المال في المحاربة أو في غيرها، فإنه لا تسقط بالتوبة ؛ لأن التوبة إنما تسقط المآثم فيما بينه وبين الله ، فأما حقوق الآدميين فلا تسقط .

* * *

(١) في (س) : دليله .

(٢) في (ب) : عفوا .

كتاب الأشربة وغيرها

الأصل في تحريم الخمر قوله تعالى: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَـٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ﴾ [البقرة: ٢١٩]. فأخبر أن في الخمر إثماً كبيراً، ومنافع للناس وأن إثمهما أكثر من نفعهما، فثبت تحريمهما.

وقال تعالى: ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْىَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ﴾(١) [الأعراف: ٣٣] يعني بالإثم الخمر، يدل عليه قول الشاعر:

شربت الإثم حتى ضل عقلي كذاك الإثم يذهب بالعقول

وقال تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [المائدة: ٩٠] فسمى ذلك رجساً، والرجس النجس، فأمر باجتنابها، والأمر واجب.

وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «الخمر أم الخبائث، من شربها لم تقبل له صلاة أربعين يوماً»(٢).

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لعن الله الخمر، وعاصرها، وبائعها،

---

(١) لفظ والبغي بغير الحق. سقط من (ب).

(٢) لم أجده من حديث عائشة. وورد نحوه عن ابن عمرو: رواه الطبراني في الأوسط (٣٦٦٧). وأوله عن عثمان: رواه النسائي في الكبرى (٥١٥٧).

ومشتريها، وحاملها، والمحمولة إليه، وشاربها، وآكل ثمنها »[١] .

وروت عائشة أن النبي ﷺ سئل عن البتع[٢] فقال : « وكل شراب أسكر فهو حرام »[٣] والأخبار في تحريم ذلك كثير .

مسألة : (قال أبو القاسم رحمه الله)[٤] : (ومن شرب مسكراً قل أو كثر جلد ثمانين إذا شربها مختاراً لشربها وهو يعلم أن كثيرها يسكر) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : ما عمل من العنب فإن الحد يجب بشربه عصيراً كان أو مطبوخاً، وهو الخمر عنده، وما عداها مما يتخذ من التمر والعسل والحنطة والشعير وغير ذلك فهو مباح، إلا أن يسكر، فيحرم المقدار الذي يسكر، ولا حد فيها بحال، وخلافاً للشافعي في قدر الحد، فعنده[٥] هو أربعين، وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

والدلالة على أبي حنيفة في فصلين ، أحدهما : أن هذه الأشياء تسمى خمراً، والثاني في تحريمها .

والدلالة على تسميتها خمراً: ما روى النعمان بن بشير عن النبي ﷺ أنه قال: « إن من العنب خمراً ، وإن من البر خمراً، وإن من الشعير خمراً »[٦] .

---

(١) رواه الترمذي في البيوع (١٢٩٥) ، وابن ماجه في الأشربة (٣٣٨١) بنحوه . قال الألباني: حسن صحيح .

(٢) البتع : هو نبيذ العسل .

(٣) رواه البخاري في الأشربة (٥٢٦٣)، ومسلم في الأشربة (٢٠٠١) .

(٤) ما بين القوسين سقط من (ب) .

(٥) في (ب) : فنقل الخرقي : أن الحد ثمانون، وعند الشافعي هو أربعون .

(٦) رواه أبو داود في الأشربة (٣٦٧٦) ، والترمذي في الأشربة (١٨٧٢)، وابن ماجه في الأشربة (٣٣٧٩) . قال الألباني: صحيح .

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « الخمر من هاتين الشجرتين : النخلة والعنبة »[١] .

وفي سنن أبي داود عن[٢] ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « كل مسكر خمر ، وكل مسكر حرام »[٣] .

وهو عموم في خمر العنب وغيره من سائر الأشياء .

وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال : « ما أسكر منه الفرق ملء الكف منه حرام » وفي بعضها « فالحسوة منه حرام »[٤] .

وروى أبو موسى الأشعري قال : سألت النبي ﷺ عن شراب من العسل فقال : «ذلك البتع » فقلت : إنهم يتبذون من الذرة . فقال : « ذلك المزر ، أخبر قومك أن كل مسكر حرام »[٥] .

ولأنه شراب مسكر، فكان محرماً ، دليله : الخمر من العنب .

والدلالة على أن الحد ثمانون : ما روى نبيه بن وهب، عن علي بن محمد ، عن علي، عن أبيه أن النبي ﷺ جلد شارب الخمر ثمانين[٦] .

وروى أنس أن النبي ﷺ جلد شارب الخمر بجريدتين نحواً من أربعين[٧] . . فإذا كان أربعين بجريدتين ثبت أنه ثمانين .

---

(١) رواه مسلم في الأشربة (١٩٨٥) .
(٢) في (ب) : يروى عن ابن عباس .
(٣) أخرجه أبوداود في الأشربة (٣٦٨٠) بنحوه . قال الألباني: صحيح .
(٤) رواه أبوداود في الأشربة (٣٦٨٧) . قال الألباني : صحيح .
(٥) رواه الترمذي في الأشربة (١٨٦٦) . قال الألباني : صحيح .
(٦) رواه البخاري بنحوه في الأدب (٥٧٧٣)، ومسلم في الأشربة (١٧٣٣) .
(٧) رواه الطبراني في الأوسط (٣٤٩) .

وروى أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة فقال : إن الناس قد تتابعوا في شرب الخمر واستخفوا حدها، فما تروا؟ . فقال : علي رضي الله عنه: إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحده حد المفترى[1] .

وقال عبدالرحمن بن عوف: أرى أن يحد ثمانين ولم ينكروا عليه[2] .

فالظاهر أنهم أجمعوا على ذلك .

ولأن الأربعين حد العبيد، فلا يكون حداً للأحرار، كالخمسين .

ولأنه حد يقوم على حر، فوجب أن لا يكون مقدراً بالأربعين، كحد القذف.

ووجه الرواية الثانية : ما روى حصين بن المنذر أبوساسان الرقاشي قال: شهدت عثمان رضي الله عنه، وقد أتي بالوليد بن عقبة، فشهد عليه شاهدان شهد أحدهما أنه يشربها، وشهد الآخر أنه تقيأها، فقال عثمان : ما تقيأها حتى شربها . فقال لعلي : أقم عليه الحد ، فقال علي للحسن : أقم عليه الحد، فقال الحسن : ول حارها من تولى قارها . فقال لعبدالله بن جعفر : أقم عليه الحد ، فجلده عبدالله بن جعفر وعلي يعد فلما بلغ أربعين قال : حسبك جلد رسول الله ﷺ أربعين ، وجلد أبوبكر أربعين، وجلد عمر ثمانين، وكل سنة وهذا أحب إلي[3] . يعني الأربعين . فوجه الدلالة : أنه أخبر أن النبي ﷺ اقتصر على الأربعين، يعني أن له أن يقتصر على الأربعين .

ولأن الحدود تختلف باختلاف الإجرام ، فحد الزنا مائة؛ لأنه هتك

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٥٣٣) ، والشافعي في المسند (١٣٧٠) .

(٢) أخرجه مسلم في الحدود (١٧٠٦) بنحوه .

(٣) أخرجه مسلم في الحدود (١٧٠٧) .

حرمتين حرمته وحرمتها، وربما أفسد النسب ، وحد القذف دونه ؛ لأنه هتك به حرمة آدمي ، وحد الخمر دونه؛ لأنه هتك حرمة الله تعالى وحده، فكان أخف.

وأما قوله : (قل أو كثر) فمعناه أنه لا يتعلق التحريم بالإسكار ، وإنما يتعلق بالجنس الذي يسكر، سواء تناول منه القليل أو الكثير، وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال : « ما أسكر الفرق فملء الكف منه حرام»[1] وفي بعضها « فالحسوة منه حرام »[2]. فنص على تحريم القليل .

وقوله : (إذا شربها مختاراً لشربها) ومعناه أنه إذا أكره على شربها بأن تجرع الخمر فلا حد عليه؛ لأن الفعل لا يضاف إليه ، فهو كما لو أكره على كلمة الكفر .

وقوله : (وهو يعلم أن كثيرها يسكر) معناه أنه إذا كان لا يعلم أن كثيرها يسكر فلا حد عليه ؛ لأن هذا شبهة في فعله، فهو كمن وطئ امرأة يظن أنها زوجته فكانت أجنبية فلا حد عليه، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (فإن مات في جلده فالحق قتله) وذلك لما روى عن عمر أنه لما أقام الحد على ابنه قال: قتلتني يا أبه ، قال: الحق قتلك[3] . فأخبر أنه قتيل الحق .

ولأنه مات في حق أقيم عليه، فلم يكن مضموناً، كما لو مات في حد القذف والزنا .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) لم يثبت ذلك عن عمر . وقد ورد ذلك في حديث موضوع . انظر اللآلئ المصنوعة للسيوطي (٢/ ١٦٧)، والموضوعات لابن الجوزي (٣/ ٢٧٢).

مسألة : قال : (ويضرب الرجل قائماً في سائر الحدود بسوط لا خلق ولا جديد، ولا يمد، ولا يربط، ويتقي وجهه) .

أما قوله : (يضرب قائماً) فذلك لأنه يحتاج أن يفرق الضرب على بدنه، يجعل لكل قسط من الضرب، وإنما يحصل هذا بالضرب قائماً ؛ لأنه متى كان جالساً أو مبطوحاً لم يكن ذلك .

وقوله : (بسوط لا خلق ولا جديد) . وذلك لما روى مالك، عن زيد بن أسلم أن رجلاً اعترف عند النبي ﷺ فدعا له النبي ﷺ بسوط، فأتى بسوط خلق مكسور فقال : «فوق هذا» . فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته . فقال: «بين هذين» ، فأتى بسوط قد لان ، فجلده [(١)] .

وعن علي رضي الله عنه أنه قال: ضرب بين ضربين، وسوط بين سوطين[(٢)] .

ولأن القصد من إقامة الحد الردع والزجر والنكال دون القتل ، فإذا كان جديداً ربما قتل ، وإذا كان خلقاً ضعيفاً لم يردع ، فإذا كان بين السوطين حصل المقصود به، فلهذا جلد به .

وقوله : (ولا يمد ولا يربط) وذلك لأن النبي ﷺ لم يأمر بشيء من هذا.

وقال ابن مسعود : ليس في ديننا مد ولا قيد ولا تجريد[(٣)] .

ولأنه إذا تركت يداه يتقي بها فإنه متى آلمه مكان وضع يده عليه لئلا يعاد

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٥٠٨) ، والبيهقي (٨/ ٣٢٦) .

(٢) لم أجده . قال الحافظ في التلخيص الحبير (٤/ ٧٨) : لم أره عنه هكذا .

(٣) رواه عبدالرزاق (١٣٥٢٢) ، والبيهقي (٨/ ٣٢٦) . قال ابن كثير في الإرشاد (٢/ ٣٦٢): هذا منقطع .

الضرب في ذلك المكان فيجرحه، فلهذا لم يمد .

وقوله : (ويتقي وجهه) معناه ويتقي كل مقبل: الوجه والرأس والفرج، وذلك لما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ : «إذا جلد أحدكم فليتق الوجه والفرج»[١].

وروى أبوسعيد عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا جلد أحدكم أخاه فليجتنب الوجه والفرج»[٢].

وعن علي عليه السلام أنه قال للجلاد : «أوجع، واتق الرأس والفرج »[٣].

ولأن الفرج مقتل، وليس القصد القتل، والوجه محل جماله ، والضرب عليه يذهب بالجمال وليس القصد إذهاب الجمال، فلهذا اتقاه .

مسألة : قال : (وتضرب المرأة جالسة، وتشد عليها ثيابها، وتمسك يداها لئلا تنكشف) .

أما قوله : (تضرب جالسة) لأنها[٤] عورة ، وإذا كانت قائمة ربما تكشفت ، ويفارق هذا الرجل؛ لأنه ليس بعورة .

وقوله : (وتشد عليها ثيابها) فذلك حذراً من أن تنكشف عورتها .

وقوله : (تمسك يداها) لهذه العلة خوفاً أن تنكشف .

---

(١) رواه مسلم البخاري في العتق (٢٤٢٠) ، ومسلم في البر والصلة (٢٦١٢) بمعناه، وليس فيه ذكر « الفرج » .

(٢) رواه أبويعلى (١١٧٩) بمعناه ، وليس فيه ذكر « الفرج » .

(٣) أخرجه بنحوه عبدالرزاق (١٣٥١٧)، وابن أبي شيبة (٢٩٢٦٨) ، والبيهقي في سننه (٨/ ٣٢٧) .

(٤) في (س) : لأنه .

مسألة : قال (ويجلد العبد والأمة أربعين بدون سوط الحر) وذلك لأنه حد يتبعض، فكان العبد فيه على النصف من الحر ، دليله : حد الزنا.

وقوله : (بدون سوط الحر) لأنه لما خفف عنه في عدد الجلد جاز أن يخفف عنه في صفة السوط .

مسألة : قال : (والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام حرم، إلا أن يغلي قبل ذلك فيحرم، وكذلك النبيذ) .

ظاهر هذا الكلام أنه إذا مضى عليه ثلاثة أيام حرم، سواء ظهر فيه الغليان أو لم يظهر، خلافاً للشافعي وغيره في قولهم : لا يحرم إلا أن يغلي .

دليلنا : ما روى أبوإسحاق إسماعيل بن سعيد الشالنجي في كتاب البيان. قال: حدثنا بشار بن قيراط، عن ابن الرماح، عن نصر بن حاجب قال : قال رسول الله ﷺ : «اشربوا العصير ثلاثاً ما لم يغل»[1] .

إسماعيل أخبرنا موسى بن داود، عن إسرائيل، عن ابن عمر، عن ابن عباس قال : كان ينبذ لرسول الله ﷺ فيشربه يومه ومن الغد، فإذا كان اليوم الثالث وأمسى عنده أهرقه أو أمر فأهريق[2] .

إسماعيل قال : حدثنا يعلى ومحمد ابنا عبيد، عن الأعمش، عن عبدالله بن مرة عن مرة مثل ذلك .

إسماعيل قال : أخبرنا الحارث بن مسلم، عن المبارك بن فضالة، عن عبدالله ابن مسلم بن يسار، عن أبيه أنه وصف حديث نوح حين خاصمه

---

(١) لم نجده مرفوعاً .

(٢) رواه مسلم في الأشربة (٢٠٠٤-٨١) .

الشيطان في شجرة الكرم حتى صار إلى أن جعل له الثلثين ولنوح الثلث قال له : أحسنت وأنت محسن هو لك عنباً وزبيباً وعصيراً ثلاثة أيام فما كان بعد ذلك فهو له [١] .

وروي عن ابن عمر أنه سأله رجل عن العصير فقال « اشربه ما لم يأخذ شيطانه، قال في كم يأخذ شيطانه؟ قال في ثلاثة » [٢] ، فجعل الثلاثة حد في تحريمه .

ولأن أشده يحصل في غالب الحال في الثلاث، فلا يؤمن أن تكون قد حصلت فيه الشدة ، وهي خفية عن الشارب فيحصل متناولاً لسكر .

ولأن الشيء إذا كان للزمان تأثير فيه جرى غالبه مجرى وجوده ، ألا ترى أن بدو الصلاح في الثمار الرطبة يحصل بوجود الصلاح في بعضها، فيكون علامة بتعينها ؛ لأن مثل هذا يجري مجرى الوجود، كذلك هاهنا .

إسماعيل قال : أخبرنا يزيد بن هارون، عن شريك، عن الأعمش، عن عبدالله بن مرة، عن ابن عمر أنه سئل عن العصير فقال : اشربه ما لم يأخذ شيطانه، قال في كم يأخذ شيطانه؟ قال: في ثلاث .

مسألة : قال (والخمرة إذا أفسدت فصيرت خلا لم تزل عن تحريمها، فإن قلب الله عينها فصارت خلا فهي حلال) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تطهر بالمعالجة كما إذا استحالت بنفسها .

---

(١) روى هذا المعنى عبدالرزاق في مصنفه (١٧١١٩)، وابن عساكر في تاريخه (٦٢/ ٢٦٠-٢٦١) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٤٣٣٤) .

دليلنا : هو أن التخليل منهي عنه، يدل عليه أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً فقال : « أهرقها » فقال : ألا أخللها ، قال : « لا »[1] فنهاه عن التخليل، والنهي يقتضي التحريم ، فلو إلى الاستصلاح سبيل لكان يأذن له فيه لاسيما ما كان يتعلق به حق الأيتام فإنه كان أشد على محافظته .

ولأن تخليلها يفضي إلى مواقعة محظور ، لأنه إذا باشر ذلك اشتم ريحها، والطبع في العادة يميل إليها، فربما يشرب منها ، فإذا كان ذلك يفضي إلى محظور كان في نفسه محظوراً ، كما قلنا في التصريح بالخطبة في العدة حرام، لأنه يفضي إلى محظور، وهو أنها قد تخبر بانقضاء العدة قبل انقضائها لميلها إلى النكاح، فكان محرماً، كذلك هاهنا. وإذا ثبت أن تخليلها محرم ثبت أنه متى فعلها فاستحالت لم تطهر؛ لأنه فعل محظور، فوجب أن يكون سبباً في استباحة عين محظورة، أصله : قتل الصيد في الحرم، أو المحرم يقتل صيداً.

ويدل على أنها لم تطهر بالتخليل إجماع الصحابة : روى أن عمر رضي الله عنه صعد على المنبر فقال : لا يحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله تعالى تولى إفسادها، ولا بأس على امرئ مسلم ابتاع من أهل الكتاب خل خمر ما لم يتعمدوا إفسادها[2] .

فعند ذلك يقع التمييز، فعمر عليه السلام قال : لا يحل ذلك، ولا مخالف له في الصحابة .

---

(١) رواه مسلم في الأشربة (١٩٨٣) بمعناه . وأبوداود في الأشربة (٣٦٧٥) بلفظ مقارب .
(٢) رواه البيهقي (٦/ ٦٢) .

ولأنه مائع يتحول في العادة ، فإذا نجس لم يطهر بصنعة آدمي ، دليله : الخل واللبن .

وقولنا : (مائع) احتراز من الجامد.

وقولنا : (يتحول في العادة) احتراز من الماء إذا نجس ، فإن الماء لا يتحول في العادة .

ولأنه مائع استحال بنجس فوجب أن لا يطهر بفعل آدمي كالبول، ولأن الخمر نجسه فإذا طرح فيها الملح فذابت فيها، أو خلاً نجس ذلك بالمجاورة ، فإذا استحالت خلا اقتضى طهارتها، ولكن فيها الآن مخالطة نجس بها فتنجست به بعد استحالتها .

وأما إذا قلب الله تعالى عينها فصارت خلا فإنها تطهر، كما ذكرنا من حديث ابن عمر .

وإذا استحالت بنفسها لم يحصل فيها شيء نجس بمخالطته ، وإذا طرح فيها الخل وغيره فقد نجس بمخالطتها له ، فإذا استحال على نجاسة نجس الجميع على ما بيناه .

مسألة : قال (والشراب في آنية الذهب والفضة حرام) وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « الذي يشرب في آنية الذهب والفضة فإنما يجرجر في جوفه نار جهنم »[1] ، وفي خبر آخر : « الذي يأكل ويشرب في آنية الذهب والفضة فإنما يجرجر في بطنه نار جهنم »[2] .

---

(١) رواه البخاري بنحوه في الأشربة (٥٣١١)، ومسلم في اللباس (٢٠٦٥) .

(٢) رواه مسلم في اللباس والزينة (٢٠٦٥) .

ولأن في استعمالها سرفاً وخيلاء، فمنع من ذلك، كما منع من لبس الحرير.

مسألة: قال (وإذا كان قدح عليه ضبة فشرب من غير موضع الضبة فلا بأس) وذلك لأن المنع من استعمال أواني الذهب والفضة إنما هو لما فيه من السرف والخيلاء، والمضبب من الأواني التي لا يوجد فيها ذلك المعنى، فلهذا لم يحرم استعمالها، يبين صحة هذا: ما روى أنس أنه رأى قدحاً للنبي ﷺ فيه ضبة فضة[١].

وروى أنه كان قبيعة سيفه من فضة[٢]، وكان له جمل كان لأبي جهل كانت له غرة من فضة يغيظ به المشركين[٣].

وإنما كره الشرب على موضع الفضة؛ لأنه محل يحصل به شارباً على فضة، فلهذا كره له.

* * *

(١) رواه أحمد (٣/١٣٩، ١٥٥، ٢٥٩).

(٢) رواه أبوداود في الجهاد (٢٥٨٣، ٢٥٨٥)، والترمذي في الجهاد (١٦٩١)، والنسائي في الزينة (٥٣٨٩). قال الألباني: صحيح.

(٣) رواه أبوداود في المناسك (١٧٤٩). قال الألباني: حسن.

باب التعزيـر[١]

مسألة : قال (ولا يبلغ بالتعزيز أدنى الحدود) ، ظاهر كلامه أنه إذا لم يبلغ به أدنى الحدود جاز، وإن زاد على عشر جلدات .

وأدنى الحدود عندنا ينبني على اختلاف روايتين في حد شرب الخمر، فإن قلنا : حده أربعين، فأدنى الحدود عندنا عشرون، وهو حد العبد ، فعلى هذا إذا نقص عن العشرين ولو بسوط جاز.

وإن قلنا: حده ثمانين، فأدناها أربعون، وهو حد العبد، فعلى كلامه إن نقص عن ذلك بسوط جار، وهذا قول الشافعي رحمه الله .

وقد نص أحمد رضي الله عنه في موضع أنه لا يزاد في التعزير على عشر جلدات، وهو ظاهر المذهب .

وقال مالك رحمه الله : للإمام أن يبلغ به الحد، ويزيد عليه إذا أداه اجتهاده إليه ، وقد روي عن أحمد رحمه الله نحو هذا .

فالدلالة على أنه لا يزاد فيه على عشر جلدات : ما روى أبو برده بن نيار أن النبي ﷺ قال: «لا جلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى»[٢]، وهذا نص .

وروي عن النبي ﷺ قال : «من بلغ بحد غير حد فهو من المعتدين»[٣] .

---

(١) لفظة : باب التعزير ساقطت من (س) .

(٢) أخرجه البخاري بنحوه في المحاربين (٦٤٥٦)، ومسلم في الحدود (١٧٠٨) .

(٣) رواه البيهقي بنحوه (٨/ ٣٢٧) .

ولأنه ضرب تأديب، فلا يزد على عشر جلدات ، دليله : الرجل يضرب زوجته عند النشوز ، والمعلم للصبيان، والحاكم لليتيم .

ولأن الله تعالى قدر الحدود وقصد بها الردع والزجر عن الإجرام، و محال أن يجعل الزجر والردع بقدر الضرب عن جرم يحتمل به الردع عما هو أقل منه، والوطء دون الفرج دون الوطء في الفرج في الالتذاذ ، وقد جعل الله الحد في الوطء في الفرج مائة، فلا يجوز أن يحصل بذلك القدر ردعاً وزجراً، ولا يحصل به ردعاً وزجراً عما هو دونه .

ولأنه ضرب مأذون فيه، فوجب أن يكون اعتبار تقديره أكثر بنفسه ، دليله: شرب الخمر والقذف .

ومن يعتبره بأدنى الحدود لم يعتبره بنفسه .

ووجه الرواية الثانية في أنه موكول إلى اجتهاد الإمام : ما روي أن معن بن زائدة زور على عمر رضي الله عنه كتاباً، فجلده مائة، فشفع إليه في أمره فجلده مائتين[1]، ولم ينكر ذلك من الصحابة أحد .

ولأنه لما جاز أن يزيد بدل النفس الذي ليس بمقدر وهو قيمة العبد على البدل وهو دية الحر جاز أن يزيد الضرب المجتهد فيه على الضرب المقدر.

مسألة : قال (وإذا حمل عليه حامل صائل فلم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه فضربه فقتله فلا ضمان عليه) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يضمن .

---

(١) ذكره الحافظ في الإصابة (٦/ ٣٦٩) عن أبي الحسن القصار المالكي وقال : « الشأن في ثبوت ذلك .. معن لم يدرك ذلك الزمان ، وإنما كان في آخر دولة بني أمية وأول دولة بني العباس ... » .

دليلنا : دفعه بما حل له الدفع به، فإذا أدى إلى التلف لم يلزمه الضمان، كما لو صال عليه آدمي فدفعه فقتله .

ولأنه قتله بدفع مباح أو بفعل مباح فلم يلزمه الضمان ، دليله : ما ذكرنا.

يؤكد هذا أن حرمة الآدمي وضمانه أكبر، بدلالة أن الآدمي يضمن ببدلين كفارة، أو دية وكفارة ، والبهائم تضمن ببدل واحد ، فلما سقط ضمان الآدمي حالة الحصول عليه مع تأكد حاله كان سقوط ضمان البهيمة أولى .

ولأن كل قصد حل به إتلاف القاصد سقط ضمانه، كالصيد إذا صال على المحرم فقتله فإنه لا جزاء عليه، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (ولو دخل منزله رجل بسلاح ، فأمره بالخروج ، فلم يفعل فله ضربه بأسهل ما يخرجه، فإن علم أنه يخرجه بضربة عصا لم يجز له أن يضربه بحديدة، فإن آل الضرب إلى نفسه فلا شيء عليه، وإن قتل صاحب الدار كان شهيداً).

والدلالة على أن له قتله ودفعه وأنه إن قتل صاحب الدار كان شهيداً : ما روى ابن عمرو رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد »[1]، وفي لفظ آخر أن النبي ﷺ قال: « من قتل دون ماله فهو شهيد»[2] . فلولا أن قتاله عنه لحق لم يكن شهيدا بالقتل دونه ، فإذا كان قتله عنه بحق، فهو قتل بحق، فلم يضمن دمه ؛ لأنه إذا قصد غيره ظلما لقتله أو

---

(١) أخرجه أبو داود في السنة (٤٧٧١)، والترمذي في الديات (١٤٢٠)، والنسائي في تحريم الدم (٤٠٨٤) . قال الألباني: صحيح .

(٢) أخرجه البخاري في المظالم (٢٣٤٨)، ومسلم في الإيمان (١٤١) .

أخذ ماله فقد اضطر المقصود إلى دفعه عن نفسه، فكأنه أعان على قتل نفسه، فوجب أن يهدر دمه، كما لو رمى سهماً فعاد إليه فقتله فإن دمه هدر، كذلك هنا.

والدلالة على أنه لا يقصد قتله : هو أنه إنما أبيح قتاله دفعاً عن النفس والمال وكف شره، وليس المقصود قتله ، فإذا علمنا أنه يندفع بما هو دون القتل لم يجز قتله .

مسألة : قال (وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهو مضمون على أهلها وما أفسدت من ذلك نهارا لم يضمن) .

أما قوله (ما أفسدت البهائم بالليل فهو مضمون على أهلها) يعني بذلك إذا كان بتفريط من صاحبها في حفظها، مثل أن يرسلها نهاراً ولم يردها إلى عطنها، أو إلى مرابطها بالليل ، أو أرسلها ليلاً، أو ترك بابها مفتوحاً فخرجت وأفسدت، فيكون عليه الضمان ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا ضمان عليه .

دليلنا : ما روى البراء بن عازب : قال : كانت له ناقة ضارية، فدخلت حائط قوم أفسدت فيه، فكلم الرسول ﷺ في ذلك ، «فقضى أن حفظ الحوائط على أهلها بالنهار، وأن حفظ الماشية على أهلها بالليل»[1] وهذا نص.

و روى « ما أفسدت الماشية بالليل فهو ضامن على أهلها »[2] يعني مضمون على أهلها .

---

(١) أخرجه أبوداود في الإجارة (٣٥٧٠)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٣٢) . قال الألباني: صحيح.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (١٤٣٥)، والشافعي في مسنده (٩٦٥) .

و روي «أن عليهم ضمان ما تتلفه مواشيهم ليلاً» .

ولأن في العادة أن أرباب المواشي يحفظونها ليلاً ، وأرباب الزرع والأموال يحفظونها نهاراً ، فإذا أرسل أهل المواشي مواشيهم بالليل فأتلفت الأموال كان ذلك تفريطاً منهم، فلزمهم الضمان .

مسألة : قال : (وما جنت الدابة بيدها ضمن راكبها ما أصابت من نفس أو جرح أو مال، وكذلك إن قادها أو ساقها، وما جنت برجلها فلا ضمان) .

أما إذا كان راكبها أو قائدها فإنه يضمن جناية يدها وقيمتها ، ولا يضمن جناية ما نفحت برجلها أو ذنبها، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يضمن ذلك .

دليلنا : ما روى أبوهريرة عن النبي ﷺ قال : « العجماء جبار ، والبئر جبار، والرجل جبار »[1] . ولا يمكن حمل ذلك إلا على هذا الموضع .

ولأن راكبها لا يمكنه التحفظ من نفحها بالرجل ، فوجب أن يكون هذا قياساً على جرح العجماء ، والبئر إذا انهارت على الأجير، وكذلك المعدن ، ولا يلزم عليه اليد والفم، لأنه يمكنه التحفظ منهما .

وأما أن كان سائقاً لها فنقل الخرقي : أنه بمنزلة القائد في إسقاطه ضمان جناية الرجل، وقد نص أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب على أن السائق يضمن الرجل واليد جميعاً، وهذا نص صحيح؛ لأنه إذا ساقها فإنه يمكنه التحفظ من نفحها بالرجل؛ لأنه شاهد لها، فلهذا كان عليه الضمان، وليس

---

(١) أخرجه البخاري في الزكاة (١٤٢٨) ، ومسلم في الحدود (١٧١٠) .

كذلك القائد والراكب؛ لأنه لا يمكنه التحفظ من رجلها، فلهذا لم يضمن .

مسألة : قال : (وإذا تصادم الفارسان، فماتت الدابتان، ضمن كل واحد منهما قيمة دابة الآخر، وإن كان أحدهما يسير قائماً فتلفت الدابتان، فعلى الساير قيمة دابة الواقف) أما إذا كانا سائرين فتصادما فماتت الدابتان فإنما على كل واحد منهما قيمة دابة الآخر ؛ لأن دابة كل واحد منهما تلفت بجناية الآخر، فلهذا قلنا: على كل واحد منهما كمال دية الآخر، كذلك في قيمة الدابتين ، وأما إذا كان أحدهما واقفاً والآخر سائراً فتصادما فماتا فقد نقل الخرقي أن على السائر قيمة دابة الواقف، وأطلق القول فيه، وهذا عندي على تفصيل : فإن كان وقوفه في طريق ضيق فعلى كل واحد منهما ضمان قيمة دابة الآخر ؛ لأن الواقف في طريق ضيقة مفرط؛ لأنه ليس له الوقوف فيه، فإن كانت الطريق واسعة فعلى السائر ضمان قيمة الآخر الواقف، ولا شيء على الواقف؛ لأن له أن يقف في الموضع الواسع، كما لو وقف في ملك نفسه فصدمه غيره كان على الصادم الضمان، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا تصادم نفسان يمشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، وعلى كل واحد منهما عتق رقبة) .

دليلنا : ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : « على كل واحد منهما دية الآخر »[1] ، ولا يعرف خلافه .

ولأن كل واحد منهما لم يكن منه جناية على نفسه، وإنما مات بجناية

---

(١) رواه عبدالرزاق في المصنف (١٨٣٢٥،١٨٣٢١)

صاحبه، إلا أنه قرب نفسه من الجناية بمشيه حتى صدمه الآخر، ومن قرب نفسه من الجناية لم يكن لفعله حكم ، ألا ترى أنه لو مشى في الطريق فعثر بحجر، أو وقع في بئر، فإن الضمان لديته يتعلق بالحافر وواضع الحجر، وإن كنا نعلم أن بمشيه وقع في البئر وعثر بالحجر، كذلك هاهنا .

ولا يلزم عليه إذا رمى نفسان بالمنجنيق فرجع على أحدهما فقتله أنه يستحق نصف الدية على الآخر ؛ لأن[1] الجناية من فعله وفعل صاحبه ؛ لأنه حصلت بمد المنجنيق، وقد اشتركا في ذلك، وهاهنا حصلت من الجاني وحده، إلا أنه قرب نفسه منها، فهو كما لو مشى فعثر بالحجر .

وأما قوله : (والكفارة في أموالهما) فذلك لأنه قتل خطأ، فلهذا كان عليهما الكفارة .

مسألة : قال : (وإذا وقعت السفينة المنحدرة على الصاعدة فغرقتها، فعلى المنحدرة قيمة السفينة الصاعدة أو أرش ما نقصت إذا خربت، إلا أن تكون المنحدرة عليها ريح فلم يقدر على ضبطها) .

وأما إذا وقعت المنحدرة على الصاعدة فغلبها ريح، فخرج الأمر من أيديهما فانكسرت فلا ضمان على أربابها ؛ لأن هذا التلف من غير فعل أقيم بها، فلم يلزمه الضمان، كما لو نزلت صاعقة فأتلفت السفينتين فإنه لا ضمان عليه، كذلك هاهنا .

وأما إذا لم يوجد عليها ريح ولا غيرها فالضمان على المنحدرة ؛ لأن الصدم

---

(١) في (س) : لأنه .

متحقق من جهة المنحدرة لاتصال سيرها بسير الماء، وهو متحقق من جهة الصاعدة ؛ لأن سيرها بفعل الملاح ، وذلك غير متصل ، وإنما يكون وقتاً بعد وقت .

ولأنا نتحقق أن الماء (هو)[1] الذي يحمل المنحدرة والصاعدة، فعلم أن الفعل للمنحدرة .

* * *

(١) لفظة هو ساقطة من (س) .

كتاب الجهاد

الأصل في الجهاد قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ ﴾ [البقرة: ٢١٦]. وقال تعالى: ﴿ وَقَٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة: ٢٤٤]، ﴿ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٢٥].

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (والجهاد فرض على الكفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين) خلافاً لسعيد بن المسيب في قوله: هو فرض على الأعيان.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ وَٱلْمُجَٰهِدُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ إلى قوله: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ وَفَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ [النساء: ٥٩] ففضل بين المجاهدين والقاعدين، فدل على أن ترك الجهاد جائز؛ لأن أحدهما أفضل من الآخر.

وقال في الآية الأخرى: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ ﴾ فلو كان الجهاد واجباً لازماً لم يعده بالحسنى.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من جهز غازياً، أو من خلف غازياً في أهله فقد غزا»[1].

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد (٢٦٨٨)، ومسلم في الإمارة (١٨٩٥).

ولأن الجهاد طاعة تتعلق بصلاح عامة المسلمين ، فوجب أن يكون فرضاً على الكفاية .

مسألة : قال : (وقال أبوعبدالله رحمه الله : لا أعلم شيئاً من العمل بعد الفرض أفضل من الجهاد ، قال : إيمان بالله ورسوله ، قال : ثم أي ؟ قال : ثم الجهاد. قال: ثم أي ؟ قال : حج مبرور ») [1] .

وروى أبوهريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « غدوة في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها » [2] .

ولأن الجهاد مخاطرة بالنفس فهو أعظم مشقة من غيره من العبادات، والفضيلة في العمل على قدر المشقة .

ولأن منفعته تعم المسلمين ، وغيره من العبادات منفعته تقف عليه .

مسألة : قال : (وغزو البحر أفضل من غزو البر) لما روى أبوأمامة الباهلي قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « شهيد البحر مثل شهيدي البر ، وإن الله عز وجل وكل ملك الموت بقبض الأرواح إلا شهيد البحر فإنه تولى قبض أرواحهم ، ويغفر الله لشهيد البر الذنوب كلها إلا الدَّين ، ويغفر الله لشهيد البحر الذنوب والدين » [3] .

وروى أبوالدرداء أن النبي ﷺ قال : « غزوة في البحر بمثل عشر

---

(١) أخرجه البخاري في الإيمان (٢٦) ، ومسلم في الإيمان (٨٣) .

(٢) أخرجه البخاري بنحوه في الجهاد (٢٦٣٩)، ومسلم في الإمارة (١٨٨٠).

(٣) أخرجه ابن ماجه في الجهاد (٢٧٧٨) . قال الألباني: ضعيف جداً .

غزوات في البر »[1] .

ولأن الطاعات تشرف وتعظم وتفضل لعظم المشاق ، والمشقة في الغزو في البحر أفضل منها في البر ، فلهذا كان أفضل .

مسألة : قال : (ويغزو مع كل بر وفاجر) وذلك لما روى أبوداود قال : حدثنا أحمد بن صالح قال : حدثنا ابن وهب ، عن معاوية بن صالح ، عن العلاء بن الحارث ، عن مكحول، عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «الجهاد واجب عليكم مع كل مسلم براً كان أو فاجراً وإن عمل الكبائر»[2] معناه مع كل بر وفاجر .

وقد روي في لفظ آخر قال : « الجهاد واجب عليكم مع كل بر كان أو فاجر»[3] .

وروى أنس بن مالك قال : قال رسول الله ﷺ : « الجهاد منذ بعثني الله عز وجل إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال، لا يبطله جور جائر، ولا عدل عادل»[4].

وقال أبوحمزة: قلت لابن عباس: أغزو مع الأمير لا يريد إلا الدنيا؟، فقال: اغز معه يقاتل على حظه من الدنيا ، وتقاتل أنت على حظك من الآخرة[5] .

ولأن كل واحد من المجاهدينن قائم بغرض نفسه .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الجهاد (٢٧٧٧) . قال الألباني: ضعيف.

(٢) أخرجه أبوداود في الجهاد (٢٥٣٣) . قال الألباني: ضعيف .

(٣) رواه الطبراني في مسند الشاميين (١٩٨٨) .

(٤) أخرجه أبوداود في الجهاد (٢٥٣٢) . قال الألباني: ضعيف .

(٥) أخرجه الفاكهة في أخبار مكة (٢/ ٣٦٥) .

ولأن الفساق إذا جاهدوا فهم مطيعون الله كأنهم مطيعون الله في الصلاة والصيام.

ولأن الجهاد ضرب من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولو أننا رأينا فاسقاً يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان علينا معاونته على ذلك الجهاد، ولأن في ترك الجهاد معه تفريقاً لجمع المسلمين، وخوف الظفر من الكفار، فإنهم إذا تحققوا من المسلمين ترك الجهاد معه غاروا على ديارهم وغلبوا عليهم، فلم يجز ذلك.

ولأن في ذلك شق العصا والافتيات عليه، ويؤدي إلى أن كل من أراد أن ينفرد عن طاعة تأول أن إمامه فاسق، فلم يجز ذلك.

ولأنه من أعلام الدين الظاهرة، وفي ترك الجهاد معه نقصان لذلك، ولهذا قال أحمد رحمه الله: يتبع في صلاة الجمعة، ولا يتبع في صلاة الفرائض، لأن الجمعة من أعلام الدين الظاهرة، وهي مقصورة على الإمام.

مسألة: قال: (ويقاتل كل قوم تليهم من العدو) وذلك لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ يَلُونَكُم مِّنَ ٱلْكُفَّارِ﴾ [التوبة: ١٢٣].

ولأنهم أكثر ضرراً من الذين هم أبعد، ولأنهم أسهل وأقل مؤونة، ولأنهم أبصر بقتالهم وأخبر بجهادهم، ولأنه إذا قصد الأبعد وأغفل من يليه لم يأمنوا عند التشاغل بغيرهم إلا أن يكون الأبعد أولى بقتاله لكونه أخوف وأكثر جمعاً، فحينئذ يقصد إلى الأبعد، فإنه موضع حاجة إلى التحويل عنه، وضرورة، وتحويله يجوز لأجل الضرورة ما لا يجوز لغيرها.

مسألة: قال: (وإتمام الرباط أربعون يوماً) يعني تمام فضيلة الرباط أربعون

ليلة ، والدلالة على الفضل في الرباط ما روى عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : « كل ميت يختم على عمله إلا المرابط في سبيل الله فإنه يجرى عليه عمله حتى يبعثه الله تعالى، ويأمن فتاني القبر »[١] .

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : الغزو أو الرباط .

وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال : رباط يوم وليلة أفضل من صيام شهر وقيامه صائم لا يفطر ، وقائم لا يفتر ، إن مات مات مرابطاً أجري له بصالح عمله حتى يبعث، ووقي عذاب القبر[٢] .

وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لو كتب على النساء الجهاد كان أحبه إلي الرباط[٣] .

والدلالة على أن تمام الفضيلة في الرباط أربعون يوماً : ما روى نافع عن ابن عمر أنه قدم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه من الرباط فقال له: كم رابطت ؟ قال : ثلاثين يوماً . قال: عزمت عليك حتى تتمها أربعين يوماً[٤] .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : تمام الرباط أربعون يوماً[٥] .

مسألة : قال: (وإذا كان أبواه مسلمين لم يجاهد تطوعاً إلا بإذنهما) معناه:

---

(١) أخرجه أبوداود في الجهاد (٢٥٠٠) ، والترمذي في فضائل الجهاد (١٦٢١) . قال الألباني: صحيح .

(٢) رواه الترمذي في أبواب الجهاد (١٦٦٧)، والنسائي في الجهاد (٣١٦٩) . قال الألباني: حسن .

(٣) عزاه في كنز العمال (١١٣٥٩) لابن زنجويه .

(٤) رواه عبدالرزاق (٩٦١٥) .

(٥) رواه عبدالرزاق (٩٦١٦) ، وابن أبي شيبة (١٩٨٠٤) .

إن كانا كافرين فله الجهاد بغير إذنهما ، وقد نص أحمد رحمه الله على هذا ، وإن كانا مسلمين وأراد الجهاد، ولم يتعين عليه لم يكن له ذلك إلا بإذنهما ، والدلالة عليه: ما روى أبوسعيد الخدري أن رجلاً هاجر إلى رسول الله ﷺ من اليمن ، فقال له: قد هجرت الشرك ونويت الهجرة ، فقال : « هل لك باليمن أحد ؟ » . فقال : نعم أبواي. فقال : « استأذنتهما؟ » . قال : لا . قال : « ارجع فاستأذنهما ، فإن أذنا لك فجاهد وإلا فبرهما » (١) .

وروى عطاء بن السائب، عن أبيه، عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال له: أأجاهد؟ قال : « أحي أبواك؟ » قال : نعم . قال: « ففيهما جاهد » (٢) .

ولأن حق الوالدين يختص بالعين ، والجهاد من فرائض الكفارات .

فأما إذا تعين عليه الجهاد؛ مثل إن كانوا في بلد فأحاط العدو بهم كان على كل واحد الجهاد ، ولم يكن لها منعه ؛ لأنها عبادة قد وجبت عليه، فلم يعتبر رضاهما وإذنهما فيها ، دليله : سائر العبادات من الصيام والصدقة والجمع وغيرها .

أما إذا كانا كافرين فلا اعتبار بإذنهما أيضاً فيما تعين وفيما لم يتعين ، وذلك لما روي أن عبدالله بن أبي ابن سلول كان رأس المنافقين بالمدينة يخذل عن الجهاد فيقول: ما وعدنا الله ورسوله إلا غروراً، وكان ابنه يجاهد مع رسول الله ﷺ ومعلوم أنه كان بغير رضا أبيه ، وأقره النبي ﷺ .

وهكذا عقبة بن ربيعة كان كافراً وابنه مسلم يجاهد مع النبي ﷺ، ومعلوم

---

(١) رواه أبوداود في الجهاد (٢٥٣٠) . قال الألباني : صحيح .

(٢) رواه البخاري في الجهاد (٢٨٤٢) ، ومسلم في البر والصلة (٢٥٤٩) .

أن أباه كان يكره ذلك ، والنبي ﷺ أقره عليه .

ولأنه إذا كان كافراً فجاهد أهل دينه كان منعه من الجهاد، لأنه لا يؤثر قتال أهل دينه وإبطال شريعته فلهذا لم يعتبر.

مسألة : (ويقاتل أهل الكتاب والمجوس ولا يدعون لأن الدعوة قد بلغتهم، ويدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا) .

أما قوله : (يدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا) يقتضي أن الدعوة لم تبلغهم وقد نص أحمد رحمه الله على أن الدعوة قد بلغت وانتشرت ، ولكن إن جاز أن يكون قوم خلف الروم وخلف الترك على هذه الصفة لم يحل قتالهم قبل الدعوة إلى الإيمان ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [الإسراء : ١٥] ، وقال تعالى : ﴿ رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾ [النساء : ١٦٥] .

وروى سليمان بن بريدة عن أبيه قال : كان رسول الله ﷺ إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أمره بتقوى الله تعالى في خاصته وبمن معه من المسلمين خيراً. وقال : « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، وإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، وإن أبوا فاستعن بالله عليهم »(١) . فثبت أنه يدعو أولاً ، فإن أبوا قاتلهم ، وأما من قد بلغته الدعوة وهو من حوالينا من الروم والأرمن والترك والهند والزنج والحبشة فالإمام فيهم بالخيار بين أن

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (١٧٣١) .

يدعوهم ابتداء وبين أن يبدأهم بالقتال من غير دعاية، لما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غارون في نعمهم بالمريسيع، فقتل المقاتلة وسبى الذرية[١].

وحديث الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ سئل عن البيات، فأجاز ذلك[٢] ثبت أن قتالهم غارين من غير دعوة جائز.

مسألة: قال: (ويقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون، ويقتل من سواهم من الكفار حتى يسلموا) يعني أنهم لا يقرون على دينهم ببذل الجزية وهم عبد الأوثان، ومن عبد ما استحسن، وسواء في ذلك مشركو العرب والعجم.

والدلالة على أخذ الجزية من أهل الكتاب والمجوس سواء كانوا من أهل الكتاب من العرب أو من غيرهم، خلافاً لأبي يوسف في قوله: لا تؤخذ الجزية من العرب من أهل الكتاب: قال تعالى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] فهي عموم في جميع أهل الكتاب.

وروى أنس قال: بعث رسول الله ﷺ خالد بن الوليد إلى دومة الجندل وأغار عليها، فأخذوا أكيدر دومة فأتى به النبي ﷺ فصالحه على الجزية[٣]، وهو من العرب، وأخذ رسول الله ﷺ الجزية من أهل نجران[٤] وفيهم عرب.

---

(١) أخرجه البخاري في العتق (٢٤٠٣)، ومسلم في الجهاد (١٧٣٠).

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد (٢٨٥٠)، و مسلم في الجهاد (١٧٤٥).

(٣) رواه أبوداود في الخراج (٣٠٣٧). قال الألباني: حسن.

(٤) رواه أبوداود في الخراج (٣٠٤١)، قال الألباني: ضعيف الإسناد.

ولأنهم أهل كتاب فجاز أخذ الجزية منهم كالعجم .

ويدل على أخذها من المجوس ما روي عن الزهري عن السائب بن يزيد «أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس البحرين»[١] .

وأخذها عمر رضي الله عنه من مجوس فارس ، وأخذها عثمان رضي الله عنه من مجوس بربر[٢] .

وأما ما عدا أهل الكتاب والمجوس فلا تؤخذ منهم ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تؤخذ من عبدة الأصنام من العجم، ولا تؤخذ من العرب ، وقد روى عن الإمام أحمد رحمه الله مثله ، وخلافاً لمالك في قوله : وتؤخذ من جميع الكفار إلا مشركي قريش .

وجه ما نقله الخرقي: قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾ [التوبة : ٥] فاقتضى ذلك قتل جميع الكفار إلا ما خصّه الدليل ، وفي معناها : قول النبي ﷺ : « وأمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله »[٣] .

ولأنهم طائفة ليس لهم كتاب ولا شبهه كتاب، فلم يجز إقرارهم على دينهم ببذل الجزية ، دليله : عبدة الأوثان من العرب، ومشركي قريش ، ولا يلزم عليه المجوس؛ لأن لهم شبه كتاب .

ولأن أخذ الجزية تتعلق بالكفر، فاستوى فيه حكم العرب والعجم، كالقتل،

---

(١) رواه الترمذي في السير (١٥٨٨) وقال : مرسل ، ومالك في الموطأ (١/ ٢٦٤) .

(٢) رواه مالك في الموطأ (٧٥٥) بلاغاً من الزهري .

(٣) أخرجه البخاري في الزكاة (١٣٣٥) ، ومسلم في الإيمان (٢٠) .

وتحريم المناكحة، والذبيحة وغير ذلك.

والفرق بين أهل الكتاب وعبدة الأوثان: أن أهل الكتاب لهم حرمة، فثبتت تلك الحرمة لآبائهم، فسرى حكمها إلى أولادهم؛ لأنهم لم يسبقوا لأنفسهم ولا لآبائهم، فلهذا لم يجز إقرارهم.

ووجه الثانية في جواز أخذها من مشركي العجم: أن كل من جاز إبقاؤه على دينه بالاسترقاق جاز استبقاؤه على دينه ببذل الجزية، كالكتابي، يبين صحة هذا: أنه لو كان أمر الجزية متعلقاً بالكتابي لما جاز أخذها من المجوس، لأنهم لا كتاب لهم.

ولأن الجزية صغار، فإذا أجاز إلحاق الصغار بأهل الكتاب مع فضلهم كان بعبدة الأوثان أولى.

مسألة: قال: (وواجب على الناس إذا جاء العدو أن ينفروا المقل منهم والمكثر، ولا يخرجوا إلى العدو إلا بإذن الإمام، إلا أن يفاجئهم عدو يخافون منه فلا يستأذنوا).

أما قوله: (واجب إذا جاء العدو أن يخرجوا المقل منهم والمكثر). فذلك لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢١٦]، وقال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٤٤]، وقال تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إذا استنفرتم فانفروا»[1].

---

(١) أخرجه البخاري في الحج (١٧٣٧)، ومسلم في الحج (١٣٥٣).

ولأن إذا وقع النفير حصل فرضه عاماً لمن قدر عليه حتى يقوم به طائفة .

وقوله : (ولا يخرجوا إلا بإذن الإمام) فذلك لأن الأمير أعرف بالطرقات وأوقات الحرب ، ومكان الحرب خلاف غيره لاهتمامه بذلك، فإذا كان بإذنه لرشدهم وهداهم إلى ما هو أصوب .

ولأنه إذا كان بإذنه كان زوالهم على خبره بهم حتى إذا احتاجوا إلى مدد بادر به إليهم ، وإذا لم يكن بإذنه لم يعلم بهم ربما نالهم ما لا طاقة لهم به فيهلكوا، فلهذا كره لهم ذلك.

وقوله : (إلا أن يفاجئهم العدو ويخافون كلبه) يعني فلا يستأمرون؛ لأنهم لا يأمنون الغلبة والقهر بالإذن، فلهذا كان لهم المبادرة في النفير .

مسألة : قال : (ولا يرحل من المسلمين من النساء إلى أرض العدو إلا امرأة طاعنة في السن لسقي الماء ومعالجة الجرحى كما فعل النبي ﷺ) . أما إذا كانت المرأة ذات شباب وجمال فلا يجوز دخولها إلى دار الحرب؛ لأنهم لا يؤمن الظفر بهم فينالهم المشركون ، وإذا كانت امرأة طاعنة في السن كان دخولها للحاجة إليها، لما روت الربيع بنت مسعود بن عفرا قالت: كنا نغزو مع رسول الله ﷺ لنسقي القوم ونداوي الجرحى [١] .

مسألة : قال : (وإذا غزا الأمير بالناس لم يجز لإنسان يتعلف أو يحتطب أو يبارز علجاً ولا يخرج من المعسكر ، ولا يحدث حدثاً إلا بإذنه) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كَانُوا مَعَهُ عَلَىٰ أَمْرٍ جَامِعٍ لَّمْ يَذْهَبُوا حَتَّىٰ يَسْتَأْذِنُوهُ﴾ [النور: ٦٢] .

ولأن الأمير أعرف بفرسان أهل الحرب والمسلمين ، ولا يبارز إلا فيما

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد (٢٧٢٦، ٢٧٢٧) .

يعلم أنه كفو لصاحبه .

ولأنه إذا فعل ذلك بغير إذنه كان تغريراً ومخاطرة بالجيش ؛ لأنه قد يغلب فيفضي إلى هزيمة المسلمين .

وكذلك أيضاً لا يخرج للعلف والحطب إلا بإذنه ؛ لأنه لا يؤمن أن يكون للكفار كمين فيخرج عليهم فيقتل منهم فيفضي إلى هزيمة المسلمين .

مسألة : قال : (ومن أعطى شيئاً يستعين به في غزاته فما فضل فهو له، فإن لم يعط لغزاة بعينها رد ما فضل في الغزو وإذا أعطي لغزاة بعينها) .

وإنما كان له الفاضل ؛ لأنه قد ملكه ذلك بشرط أن يوجد منه غزاة بعينها ، وقد وجدت منه الغزاة ، فلهذا ملك الباقي ، وليس يمتنع أن يتعلق التمليك بشرط كالوصية والشرط بشرط العتق وجعل الآبق .

وإذا لم يعط لغزاة بعينها فإنه لا يملك القصد ؛ لأنه لم يملكه ذلك إنما أمر بصرف ذلك في الغزو وهذا يقتضي صرف جميعه في الغزو، ومثله قلنا إذا أوصى أن يحج عنه حجة بخمسمائة، فدفعت إلى رجل، فحج منها ملك البقية؛ لأن تقدير الوصية أني قد وصيت بخمسمائة لمن يفعل عني حجة .

ولو وصى أن يحج عنه بخمسمائة فحج ببعضها لم يملك البقية ؛ لأنه لما لم يخص حجة بعينها علم أنه قد صرف جميع ذلك في الحج .

مسألة : قال : (وإذا حمل الرجل على الدابة، فإذا رجع من الغزو فهي له إلا أن يقول: هي حبيس، فلا يجوز بيعها إلا أن تصير في حال لا تصلح للغزو فتباع وتصير في حبيس آخر ، وكذلك المسجد إذا ضاق على أهله ، وكذلك الأضحية إذا بدلها بخير منها) .

صورة المسألة : أن يقول له : قد حملتك على هذا الفرس لتغزو عليه ، فيكون هذا تمليكاً من صاحب الفرس معلقاً بشرط ، وهو إن وجد فيه الغزو، ويفتقر إلى القول أيضاً، كما تفتقر الهبة، فإن لم يغز عليها لم يملكها ، وكانت لصاحبها، نص عليه أحمد رحمه الله .

وإنما كان من ألفاظ التمليك ؛ لأنه يستعمل في الملك ، يقال : حملني الأمير على هذا الفرس ، معناه: وهب لي ، ومنه حديث عمر رضي الله عنه حمل على فرس فرآها تباع[1] ، ومعناه وقفها وأزال ملكه عنها .

ولأنه ليس يمتنع أن يقع الملك معلقاً بشرط، كالزكاة إذا دفعها إلى الغارم والغازي ، فإن تمليكها يتعلق بشرط وهو وجود الغزو ، وقضاء الدين ، فإن لم يوجد ذلك منه رجع فيها، كذلك المعلن من كلام الآدميين فحمله عليه.

وإن قال صاحبها : هذه حبيس فاغز عليها ، أو قال: له اغز عليها ثم هي حبيس، فلا تكون له ؛ لأنه لم يملكه إياها ، وبالحبس قد زال ملكه عنها كالوقف، فلا يجوز بيعها ؛ لأنه يبيع ما لا يملك، اللهم إلا أن تعطب وتعجف، فيجوز بيعها وصرف ثمنها في حبيس آخر ، وذلك لأن القصد من الحبس حصول المنفعة به ، فجاز بيعه وصرفه في حبيس آخر، وكذلك المسجد إذا ضاق بأهله، أو في مكان لا يصلى فيه جاز بيعه وصرف ثمنه في مسجد آخر ؛ لأن المقصود من المسجد حصول الصلاة فيه ، وإذا خرب بحيث لا ترجى عمارته فقد عدم المقصود ، فلهذا جاز بيعه وصرف في غيره، وأصل هذه المسألة ما تقدم في كتاب الوقف .

---

(١) رواه البخاري في الجهاد (٢٨٤٠)، ومسلم في الهبات (١٦٢١) .

وكذلك الأضحية يجوز أن يبدلها بخير منها ؛ لأن ملكه لم يزل عنها، بدليل أنه لو زال لم تجزئه عن الواجب ، لأنه يذبح ما وجب عليه في غير ملك، فلما أجزأه ذلك دل على بقاء الملك ؛ لأن قوله: لله علي أن أضحي بهذه. إيجاب فعل يستقبل في هذه العين، فلم يوجب زوال ملكه، كما لو قال: لله علي أن أعتق عبدي، فإن الملك لا يزول، بدليل أن نفقته عليه وإكسائه له إلى أن يقدمه، إلا أنه لا يجوز بيعه، لأنه تعلق الحكم هناك بمعين وهو العبد، وإذا باعه أسقط حقه، والحق هاهنا ما ثبت لمعين ، وعلى هذا لو قال : لله علي أن أتصدق بهذه الدار، جاز إبدالها ولم يزل ملكه، ولا يشبه هذا : وقفت داري مسجداً . أن ملكه يزول بمجرد القول ؛ لأنه قد نجز الفعل ولم يعلقه على فعل مستقبل ، فهو بمثابة قوله: عبدي حر ، فإنه يزول ملكه عنه في الحال لهذه العلة .

مسألة : قال : (وإذا سبى الإمام فهو مخير إن رأى قتلهم ، وإن رأى منّ عليهم وأحلفهم بلا عوض ، وإن رأى فادى لهم ، وإن رأى أطلقهم على ما يأخذه منهم، وإن رأى استرقاقهم ، أي ذلك رأى فيه نكاية للعدو وحظاً للمسلمين فعل) .

أما قوله : (الإمام مخير في هذه الأشياء) فهو تخيير اجتهاد فيما هو الأولى، وليس بتخيير شهوة ، فمن كان شجاعاً لا يؤمن شره قتله ، ومن كان ضعيفاً يؤمن شره استرقه ، ومن كان ضعيفاً وله جاه في قومه فادى به ومنّ عليه على ما يراه من المصلحة .

والدليل على القتل : ما روي أن النبي ﷺ قتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن

الحارث يوم بدر[١]، وقتل أبا عزة الجمحي يوم أحد[٢].

وأما الاسترقاق: فقد استرق النبي ﷺ خلقاً، وهو إجماع.

والدليل على الفداء بالرجال، خلافاً لأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤] وروى عمران بن الحصين أن النبي ﷺ «فادى يوم بدر برجلين»[٣].

ولأن في المن والفداء مصلحة للمسلمين، فجاز للإمام فعله في الأسرى، دليله: القتل والاسترقاق. بيانه: أن في المفاداة والمن مصلحة؛ لأنه قد يكون الرجل نضواً ضعيفاً لا قتال معه، ويمكن أن يفادى بمال كثير، ورجال من المسلمين، فيعلم أن في المصلحة الفداء دون قتله واسترقاقه، وقد يكون ممن يرتجى إسلامه أيضاً إذا منَّ عليه، وربما أسلم معه غيره، فتكون المصلحة في المن عليه، فجاز ذلك.

مسألة: قال: (وسبيل من استرق منهم وما أخذ منهم على إطلاقهم سبيل تلك الغنيمة) معنى هذا الكلام: أن ذلك لجماعة المسلمين يخرج منه الخمس، والباقي مقسوم على جماعتهم، ولا يكون الإمام مخيراً كتخيره في الأسرى؛ لأنه لا يمنع أن يكون البدل على التخيير، والبدل بغير تخيير، ألا ترى أن رجلاً لو كان عليه دين فقتله قاتل كان وليه مخيراً بين القصاص والدية، فإن اختار الدية سقط التخيير، وتعلق بها حقوق الغارمين، كذلك هاهنا.

---

(١) رواه البخاري في الوضوء (٢٣٧)، ومسلم في الجهاد (١٧٩٤).

(٢) رواه البيهقي في الكبرى (٩/ ١١١).

(٣) أخرجه مسلم في النذر (١٦٤١)، والترمذي في السير (١٥٦٨).

مسألة: قال: (وإنما يكون له استرقاقهم إذا كانوا من أهل كتاب أو مجوس، وأما سوى ذلك من العدو فلا يقبل من ما بقي رجالهم إلا الإسلام أو السيف أو الفداء). خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: يجوز استرقاق عبدة الأوثان من العجم، واختلفوا في استرقاق عبدة الأوثان من العرب، فأبو حنيفة لا يجيز استرقاقهم، والشافعي يجيز استرقاقهم، والشافعي يجيز استرقاقهم في الصحيح من القولين له.

دليلنا: أن كل من لم يجز إقراره على كفر ببذل الجزية لم يجز استرقاقه، كالمرتد، ولا يلزم عليه النساء والصبيان، لأنهم لا يسترقون، وإنما يصيروا رقاً بنفس السبي، والعلة تقتضي فعل الاسترقاق فيهم.

ولأنه ضرب من الصغار يقتضي النقلة عن الكفر، فلم يثبت في حق من لا كتاب له ولا شبهه كتاب، كالجزية.

ولا يلزم عليه القتل؛ لقولنا: يقتضي البقاء على الكفر، والقتل يمنع البقاء.

مسألة: قال: (وينفل الإمام ومن استخلفه الإمام كما فعل رسول الله ﷺ في بدأته الربع بعد الخمس، وفي رجعته الثلث بعد الخمس).

والنفل جائز في الجملة، وهو أن يشترط الإمام لمن ابتدأ بالسرية شيئاً زائداً على سهمه الراتب، مثل أن يقول: من بدأ بالسرية فله كذا، ومن دلنا على القلعة الفلانية فله كذا، ومن قتل فلاناً فله كذا.

وإنما قيل ينفل؛ لأنه على السهم الراتب، كما قيل لمن يصلي بعد الفريضة الراتبة نافلة.

والدليل على جوازه: ما روى حبيب بن مسلمة «أن النبي ﷺ نفل الربع بعد

الخمس في بدأته، ونفل الثلث بعد الخمس في رجعته»[١].

وروى أبوبردة عن أبي موسى الأشعري «أن رسول الله ﷺ كان ينفل في مغازيه»[٢].

وقوله: (في بدأته الربع، وفي رجعته الثلث). ظاهرة يقتضي أنه لا يجوز له الزيادة على ذلك، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: لا حد لأقله ولا أكثره، وإنما هو موكول إلى اجتهاده.

دليلنا: ما روي في حديث حبيب بن مسلمة «أن النبي ﷺ نفل الربع في بدأته والثلث في الرجعة»[٣]. ولم ينقل عنه زيادة على ذلك.

ولأنه مال يستحق بالنفل، فكان مقدراً، دليله: مال الفارس والراجل، ولا يلزم عليه السلب، فإنه يستحق بالقتل، فلهذا لم يتقدر.

وقوله: (الربع بعد الخمس، وكذلك الثلث بعد الخمس). معناه أنه يخرج مال النفل من أربعة أخماس الغنيمة، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: يخرج من سهم المصالح وهو خمس الخمس.

دليلنا: ما تقدم من حديث حبيب بن مسلمة «أن النبي ﷺ نفل الربع بعد الخمس في بدأته، وفي رجعته الثلث بعد الخمس». وهذا نص في أن النفل كان من الأربعة الأخماس؛ لأن قوله «بعد الخمس»، يقتضي بعد خمس الغنيمة، وظاهره بعد كمال الخمس نفل.

---

(١) أخرجه أبوداود في الجهاد (٢٧٤٩، ٢٧٥٠)وا ابن ماجه في الجهاد (٢٨٥٣)، قال الألباني: صحيح.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٤/ ٤٠٢).

(٣) سبق تخريجه.

وأيضاً روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث سرية فيها عبدالله ابن عمر قبل نجد، فغنموا إبلاً كثيرة، وكانت سهامهم اثني عشر بعيراً ، أو[١] إحدى عشر بعيراً ، ثم نفلوا بعيراً بعيراً [٢] .

فموضع الدلالة : أن القوم نفلوا بعيراً بعيراً ، وكان سهم كل واحد منهم اثني عشر بعيراً ، على أن خمس الخمس لا يتسع لهذا ، فإنه إذا كان سهم كل واحد منهم اثني عشر بعيراً نقص من إعطائهم بعيراً بعيراً .

ولأنه مال يستحق بالتحريض على القتال ، فكان من أربعة أخماس الغنيمة، دليله : ما ذكرنا ، ودليله : الثلث أيضاً .

فأما معنى « البداءة والرجعة » فقد قيل فيه تأويلان ، أحدهما : أنه إذا بدأ فأسرى سرية جعل الربع، فإذا بعثت بعد ذلك فهذه رجعة جعل لها الثلث ، فالأولى هي التي بدأت، والثانية هي التي رجعت .

والثاني : هو أشبه بكلام الخرقي: أن الربع في البدأة معناه أن الإمام إذا دخل دار الحرب في جميع الجيش بعث أمامه البريد ، فهذه البدأة جعل لها الربع .

وقوله : (وجعل الثلث في الرجعة) معناه إذا رجع الإمام من دار الحرب أنفذ سرية، فهذه الرجعة ؛ لأنه بعث بها عند رجعته عن دار الحرب .

وأي التأويلين كان فإنه يجعل البدأة أقل مما جعل للرجعة ؛ لأن الرجعة أشد وأشق ، والبدأة أسهل وأخف على التأويلين جميعاً .

---

(١) في (س) : (و) .

(٢) رواه البخاري في الخمس (٢٩٦٥)، ومسلم في الجهاد (١٧٣٩) .

أما على الأول : فإن البدأة يدخل دار الحرب على غفلة من أهل الحرب وغرة منهم ، فإذا رجعت أخرى إليهم كانوا منهم حذرين ، فربما كمنوا لها، وتجمعوا عليها .

وعلى التأويل الثاني : جيش الإمام خلف البدأة ورِدْءٌ لها، وفي أثرها فنفوسها ساكنة ، والتي ترجع بعد خروج الإمام ترجع ، وجيش الإمام منصرف عنها غير تابع لها ، فكان رجوعها أشد وأشق، فلهذا كان ما نفل للأولى دون ما نفل الثانية .

مسألة : قال: (ويرد من نفل على من معه في السرية إذا بقوتهم صار إليه) معنى المسألة : إن الإمام إذا انفصل بجيشه عن البلد ، ويبعث قائداً في سرية إلى جهة من الجهات، ونفلوا نفلاً ، ففتحت السرية ، كان ما غنموهم بينهم وبين الجيش ؛ لما روي أن رسول الله ﷺ لما غلب هوازن بعث سرية من الجيش قبل أوطاس ، فغنمت السرية ، فأشرك بينها وبين الجيش [1] .

ولأنهم جيش واحد ، بدليل أن كل واحد منهما ردء لصاحبه، ألا ترى أن الجيش إذا احتاج إليها رجعت إليه، وإن احتاجت إليه لحق بها ، فكانت كالميمنة والميسرة .

مسألة : قال : (ومن قتل منا أحداً منهم مقبلاً على القتال فله سلبه غير مخموس قال ذلك الإمام أو لم يقل)، خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهم: لا يستحق السلب إلا أن يشترط ذلك الإمام . وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل

---

(١) رواه البخاري بمعناه في المغازي (٤٣٢٣)، ومسلم في فضائل الصحابة (٢٤٩٨) عن أبي موسى .

ذلك، خلافاً لابن عباس في قوله : السلب يخمس[1] ، وخلافاً لداود في قوله: يستحق السلب بأن تقبل على صفة كان مقبلاً مثخناً بالجراح أو مولياً .

وعلى قولنا: « يستحق السلب » بأن يقتل والحرب قائمة ، وأن يغرر بنفسه في قتله في مبارزة ، أو يحمل على المشركين فيقتل ، أو يكون المقتول ممتنعاً ، وأن يكفي المسلمين شره بأنه يقتله أو يثخنه بحيث لا يبقى فيه رمق يمكنه القتال معه .

والدلالة على أبي حنيفة ومالك : ما روى أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال يوم حنين: «من قتل كافراً فله سلبه»[2] . فقتل أبوطلحة يومئذ عشرين رجلاً فأعطاه النبي ﷺ أسلابهم .

وروى عوف بن مالك وخالد بن الوليد قالا : « قضى رسول الله ﷺ بالسلب للقاتل ولم يخمسه »[3] .

وروى أبوقتادة قال : لما جمعنا الغنائم يوم خيبر قال رسول الله ﷺ : «من قتل قتيلاً له عليه بينة له سلبه » فقمت فقلت : ومن يشهد لي ، ثم جلست يقول ذلك ثلاث مرات ، فقال رسول الله ﷺ : «مالك يا أبا قتادة ؟» فذكر القصة من قتل القتيل ، فقال رجل من القوم : صدق يا رسول الله ، وسلب ذلك القتيل عندي فأرضه منه ، فقال أبوبكر: لا والله إذاً لا نعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٣٣٧٦٨) بمعناه، والبيهقي (٦/ ٥٠٧) .

(٢) أخرجه أبوداود في الجهاد (٢٧١٨) . قال الألباني: صحيح .

(٣) أخرجه مسلم في الجهاد (١٧٥٣) .

عن الله ورسوله نعطيه سلبه، فقال رسول الله ﷺ: «صدق» فأعطيناه[١].

فموضع الدليل: أن النبي ﷺ قال هذا القول بعد الوقعة ولم يكن شرط، ثم أعطى أباقتادة سلب القتيل وانتزعه من الأول، فثبت أن استحقاق القاتل السلب ثابتٌ.

ولأنه مال مأخوذ من الغنيمة لا يفتقر فيه إلى تقدير اجتهاد الإمام فلم يفتقر استحقاقه إلى شرط، كسهم الفارس.

ولأنه مسلم غرر بنفسه في قتل مشرك ممتنع في حال القتال، فوجب أن يستحق سلبه، كما لو قتله وقد شرط الإمام له ذلك.

ووجه الثانية: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به»[٢].

وروي أن معاذاً بن عمرو[٣] ومعاذ بن عفراء قتلا أبا جهل يوم بدر، فأعطى رسول الله ﷺ معاذ بن بن عمرو[٤].

ولو كان السلب مستحقاً بالقتل لما خص أحدهما به.

ولأنه مال مأخوذ من الغنيمة للتحريض على القتال، فلم يستحق إلا بشرط الإمام، كالقتل.

ولأنه لو كان استحقاق السلب من أحكام القتل لم يفترق الحال بين أن

---

(١) رواه البخاري في الخمس (٢٩٧٣)، ومسلم في الجهاد (١٧٥١).

(٢) رواه الطبراني في الكبير (٤/ ٢١) (٣٥٣٣)، وفي الأوساط (٦٧٣٩). قال في مجمع الزوائد (٥/ ٥٩٦): «فيه عمرو بن واكد، وهو متروك».

(٣) في المخطوط: عوف، والصحيح ما أثبت. انظر مصادر التخريج.

(٤) رواه البخاري في الخمس (٢٩٧٢)، ومسلم في الجهاد (١٧٥٢).

يقتله مقبلاً أو مدبراً، كسائر الأحكام المتعلقة بالقتل .

ولأنه لو قتله ففى حال الإدبار لم يستحق سلبه، كذلك إذا قتله في حال إقباله لحمله ورجله .

والدلالة على أنه غير مخموس: ما روى خالد بن الوليد وعوف بن مالك الأشجعي قال : « قضى رسول الله ﷺ للقاتل بالسلب ولم يخمس »[1] .

ولأن أهل الخمس لم يشاركوه في السلب، كالغانمين .

ولأن السلب مستحق بسبب فيه مصلحة الغنيمة .

ولأنه يستحق بالقتل وفي ذلك مصلحة، فهو كسر في قلوب المشركين، وربما كان ذلك سبباً في هزيمتهم من غير لقاء.

والدلالة أنه يستحق على الصفة التي ذكرنا خلافاً لداود: حديث معاذ بن عمرو[2] ومعاذ بن عفرا أنهما أثخنا أبا جهل ابن هشام ثم قتله عبدالله بن مسعود، ولم يدفع النبي ﷺ سلبه إلى عبدالله بن مسعود ؛ لأنه قتله بعد الإثخان، وإنما نقل أنه دفعه إلى معاذ بن عوف ، وقيل إنه دفعه إليهما. فدل على أن من قتل بعد الإثخان لا يستحق السلب .

ولأن السلب إنما يدفع إلى القاتل؛ لأنه غرر بنفسه في القتل، وإنما يحصل التغرير بأن يقتل على الصفة التي ذكرنا، فأما إذا قتله وهو مأسور مجروح، أو رمي بسهم فقتله، أو كان مثخناً فقتله، فإنه لم يؤثر في قتله، فلم يستحق سلبه.

مسألة : قال : (والدابة وما عليها من آلتها من السلب إذا قتل وهو عليها،

---

(١) رواه أبوداود في الجهاد (٢٧٢١) . قال الألباني: صحيح .

(٢) في المخطوط : عوف، والصحيح ما أثبت .

وكذلك جميع السلاح ، وما كان عليه من الثياب والحلي وإن كثر) فإن كان معه مال لم يكن من السلب ، وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية أخرى: أنها ليست من السلب .

وأما ما كان على بدنه من الثياب والسلاح ، كالدرع والخوذة ، والخف ونحو ذلك فهو من السلب؛ لأن يده عليه ويراد جنة للقتال، وكذلك إذا كانت يده عليه ويراد للزينة وهو من الحلي، كالطوق والسوار والمنطقة فهي من السلب ، لما روي عن النبي ﷺ أنه نظر إلى سراقة بن مالك ابن جعشم دقيق الذراعين، فقال له : « كأني بك يا سراقة ألبست سواري كسرى » ، فلما فتح الله عز وجل على المسلمين، وحملت أموال كسرى إلى عمر رضي الله عنه نظر إلى سواري كسرى فقال : أين سراقة بن مالك ؟ فأتي به أشعر الذراعين فأعطاه ، وقال : البسهما ، وقال : الله أكبر ، الحمد لله الذي سلبهما كسرى بن هرمزان ، وألبسهما أعرابياً من بني مدلج[1] . فسمى عمر عليه السلام السوارين سلباً .

ولأن يده عليه وفيه زينة، فأشبه سلاحه .

وأما ما كان معه من المال فلا يكون من السلب ؛ لأنه لا يراد للزينة ولا هو جنة للقتال، فلم يكن من السلب .

دليله : الرجل الذي معه والأحمال .

ولأن إطلاق السلب ينصرف إلى الثياب دون دون الهميات، ألا ترى أنه من أخذ ثيابه فأطلق الاسم عليه أنه قد أخذ سلبه، ومن أخذ هميانه لا ينطلق الاسم

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٨/ ٥٨١، ٥٨٢) .

عليه أنه قد أخذ سلبه .

وأما الفرس ففيه روايتان، أحدهما : أنه ليس من السلب ؛ لأنه ينفصل عنه ، فلم يكن من السلب، كما لو كان الفرس جنبية .

ولأن ما جاز أن ينفرد بجزء من الغنيمة لم يكن من السلب، كما لو كان معه.

والثانية : هو من السلب ؛ لأن يده عليه، ويراد جنة القتال ، فكان من السلب، دليله: الثياب والسلاح .

مسألة : قال : (ومن أعطاهم الأمان منا من رجل أو امرأة أو عبد جاز أمانه) أما الرجل الحر فيصح أمانه لآحاد المسلمين ، ومعتاد العدد القليل كالخمسين والمائة ونحو ذلك، كالعاقلة ترد فيعقد ترد فيعقد لها أماناً واحد من المسلمين، فتصح لما روى محمد مسلمة أن رجلاً من المسلمين أمّن كافراً، فقال عمرو بن العاص وخالد بن الوليد: لا نجيز هذا ، فقال أبو عبيدة بن الجراح: « ليس ذلك لكما، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « يجير على المسلمين بعضهم»[1] .

وأما إذا عقد الأمان واحد من المسلمين لكل المشركين، أو لإقليم من أقاليمهم، أو جيش من جيوشهم كالروم والترك لم يصح هذا؛ لأن هذا الخطب العظيم إلى الإمام وليس لنا أن نفتات عليه .

ولأنه يؤدي إلى تعطيل الجهاد وقطع الغزو ؛ ولأنه لو يشاء أن يفعل ذلك إلا فعله ، وإذا أفضى إليه سقط في نفسه .

وأما المرأة فإنها جائز؛ لما روى ابن عباس قال : حدثتني أم هاني بنت أبي

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٣٤٠٦٨) ، وأبو يعلى (٨٧٦، ٨٧٧)

طالب أنها أجارت رجلاً من المشركين يوم الفتح فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك ، فقال : « قد أجرنا من أجرت ، وأمنا من أمنت »[1] ، فالنبي ﷺ أقرها على ما فعلت، وقرره بقوله : «أجرنا من أجرت ، وأمنا من أمنت» . ثبت أن أمانها جائز .

وروي أن أبا العاص أُسر يوم بدر فذكرت زينب بنت رسول الله ﷺ أنها كانت أمنته قبل الأسر ، فخُلّي لها [2] .

وأما العبد فأمانه جائز على الإطلاق، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يصح أمانه إلا بإذن سيده في القتال .

دليلنا : قول النبي ﷺ : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم»[3] .

وحديث أبي عبيدة بن الجراح عن النبي ﷺ قال : «قال يجيز على المسلمين بعضهم» .

وروى فضيل بن زيد الرقاشي قال : جيش عمر بن الخطاب رضي الله عنه جيشاً وكنت في ذلك ، فحضرت موضعاً يقال له كذا، فرأينا أنا مستحقوها اليوم، فرجعنا حتى نعتل ونروح، فنفر عبد منا فراطنهم وراطنوه، وكتب لهم الأمان في صحيفة وشدها على سهم ورمى بها إليهم، فأخذوها وخرجوا، فكتب بذلك إلى عمر رضي الله عنه فقال : العبد المسلم رجل من المسلمين

---

(١) رواه أبوداود الجهاد (٢٧٦٣) . قال الألباني: صحيح دون قوله : وأمنا .

(٢) رواه أبوداود في الجهاد (٢٦٩٢) قال الألباني : حسن .

(٣) رواه أبوداود (٢٧٥١) قال الألباني : حسن صحيح .

ذمته وذمتهم [1]. ولا يعرف له مخالف في الصحابة .

ولأنه مسلم مكلف ، فوجب أن يصح أمانه، دليله : الحر والمرأة .

مسألة : قال : (ومن طلب الأمان ليفتح الحصن، فقال : كل واحد منهم: أنا المعطي الأمان، لم يقبل واحد منهم) لأن هذه شبهة بأن كل واحد يحتمل أن يكون ما يدعيه حقاً ، وجرى هذا مجرى رجل أبيح دمه بالردة أو غيرها، فاختلط برجال ولم يعرف عينه ، فإن القتل سقط عن جميعهم كذلك هذا مثله.

مسألة : قال : (ومن دخل إلى أرضهم فارساً فنفق فرسه قبل إحراز الغنيمة فله سهم راجل ، وإن دخل راجلاً، فأحرزت الغنيمة وهو فارس فله سهم فارس) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يستحق السهم الفرس في المسألة الأولى، وهو يستحقه في المسألة الثانية ، على روايتين : فعنده في استحقاق السهم بوجود الفرس عند دخول دار الحرب، وعندنا الاعتبار بوجوده حال تقضي الحرب .

والدليل على أن الفرس إذا نفق قبل تقضي الحرب لم يسهم له : أنه حيوان يسهم له من الغنيمة ، فإذا أنفق قبل تقضي القتال لم يستحق السهم لأجله، كالفارس ، ويؤيد هذا أن الفرس يدخل به ، والفارس يقاتل بنفسه ، والفرس يقاتل عليه ، ثم ثبت أن الفارس يعتبر وجوده حال تقضي الحرب ، فالفرس أولى بذلك .

ولأن فرسه مات قبل إحراز الغنيمة ، وقبل تقضي القتال ، فوجب أن لا يسهم له ، دليله : إذا مات قبل دخول دار الحرب.

---

(١) رواه عبدالرزاق (٩٤٣٦)، وابن أبي شيبة (٣٤٠٧٥)، والبيهقي (٩/ ١٦٠) ..

والدلالة على الفصل الثاني، وهو أنه إذا دخل دار الحرب راجلاً ثم ابتاع فرساً أو استأجره قبل تقضي الحرب أسهم له : هو أن فرسه وجد حال تقضي القتال ، فوجب أن لا يستحق السهم لأجله، كما لو كان موجوداً حال دخوله دار الحرب.

ولأنه حيوان يسهم له من الغنيمة ، فإذا كان موجوداً حال تقضي القتال أسهم له كالفارس .

ودلالة تعم الفصلين : وهو أن استحقاق السهم هو حالة تقضي الحرب دون حالة دخول دار الحرب بدلالة شيئين :

أحدهما : أن الفارس لو مات قبل تلك الحالة بقليل لم يسهم له ، وإذا كان موجوداً في تلك الحالة أسهم له .

والثاني : أن أموال المشركين إنما تحصل مغنومة وتستقر في أيدي المسلمين بعض تقضي الحرب ، وأما قبل ذلك فإنها معرضة للرجوع إليهم؛ لأنهم يقاتلون عنها ويدفعونهم ، فإذا كان ذلك هو وقت الاستحقاق وجب اعتبار وجود الفرس وعدمه بتلك الحال دون غيرها .

مسألة : قال : (ويعطى ثلاثة أسهم : سهم له وسهمان لفرسه، إلا أن يكون الفرس هجيناً فيكون له سهم وسهم لهجينه) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يسهم له سهمان، سهم له ، وسهم لفرسه ، وخلافاً للشافعي في قوله : الهجين والفرس العربي واحد في السهم، فيكون للهجين سهمان.

وقد دللنا على ذلك فيما تقدم في قسم الفيء والغنيمة، ولكن نعيد على ذلك.

والدلالة على أبي حنيفة : ما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : «أسهم رسول الله ﷺ للفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه»[(١)] .

ويدل عليه ما روى عبدالله بن الزبير عن أبيه أنه كان يضرب في الغنائم بأربعة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه ، وسهم لأمه صفية[(٢)] . ولأنها كانت من ذوي القرى، وهذا إخبار عن دوام فعله لذلك .

ولأنه إنما أسهم للفرس لأجل ما يلزم صاحبه من المؤونة عليه ، والناس في القتال ، ومعلوم أن المؤونة التي تلزم على الفرس أكبر من المؤونة التي يحتاج إليها الفارس ، فوجب أن يكون ما أسهم له أكثر مما أسهم للفارس .

والدلالة على أنه يسهم للهجين - وهو البرذون سهم - : ما روي مكحول «أن رسول الله ﷺ أعطى الفرس العربي سهمين ، وأعطى الهجين سهماً»[(٣)] وهو البرذون . وفي حديث آخر قال يوم خيبر: « عربوا العربي، وهجنوا الهجين ، للعربي سهمان وللهجين سهم »[(٤)] .

وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ، وكذلك عن خالد بن الوليد.

ولأن الفرس إنما أسهم له سهمان لأجل المؤونة ، ولتأثيره في القتال، ومعلوم أن تأثير العربي في القتال أبلغ من تأثير الهجين، ، لأنه لا يلحقه في

---

(١) رواه البخاري في المغازي (٣٩٨٨) .

(٢) رواه النسائي في الخيل (٣٥٩٣) . قال الألباني : حسن الإسناد .

(٣) رواه أبوداود في المراسيل (٢٨٧) .

(٤) رواه البيهقي (٦/ ٣٢٨) (٩/ ٥١) وقال : منقطع .

الجلد والكر والفر ما يلحق الهجين ، فلم يبلغ به سهمه، فجعل سهمه نصف سهم الفرس، كذلك هاهنا .

ووجه الرواية الثانية : أن الخيل العراب فيها حدة الجري وسرعته ومطأه في الركوب ، ولكنها قليلة الصبر على الشدة وقلة العلف والماء ، والبرذون يصبر على ذلك ، وإن كان سيرها أثقل من العربيات فساري فكل واحد منهما صاحبه في اختصاصه، بمعنى لا يشاركه فيه صاحبه ، فيجب أن يستاويا في السهم .

ولأنه لما لم يفترق الحال بين أن يكون الفارس شجاعاً بطلاً ، وجباناً ضعيفاً في أنه يسهم للجميع على وجه واحد، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (ولا يسهم لأكثر من فرسين) ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي رحمهما الله في قولهما : لا يسهم لأكثر من فرس واحد .

دليلنا : ما روى مكحول « أن النبي ﷺ أعطى الزبير يوم خيبر خمسة أسهم، سهماً له ، وأربعة أسهم لفرسه »[1] .

ولأن الثاني به حاجة إليها، فأسهم له كالأول ، ولا يلزم عليه الثالث ؛ لأنه لا حاجة إليه ، وبه إلى الثاني حاجة ؛ لأنه قد يكون الأول ويعيا فيركب الثاني.

مسألة : قال : (ومن غزا على بعير وهو لا يقدر على غيره قسم له ولبعيره سهمان) ظاهر هذا إذا كان يقدر على غيره من الخيل لا يسهم للبعير، وعندي أنه يسهم له بكل حال، سواء كان واجداً لغيره أو لم يجد ، خلافاً لأكثرهم في قوله : لا يسهم للبعير .

---

(١) رواه عبدالرزاق (٩٣٢٤)، والبيهقي (٦/ ٣٢٨) .

دليلنا : أنه حيوان يجوز السبق عليه، فجاز أن يسهم له ، دليله : الخيل .

ولأن ما فيه من قلة الجري وسرعة المشي، فإن له على الصبر والشدة وقلة العلف، وإنما جاز أن يسهم له كالبروذون لما نقص عن الخيل بسرعة المشي، والحدة قابلهما فيه من الصبر على قلة العلف والعطش، فكان له مدخل فيه .

مسألة : قال : (ومن مات بعد إحراز الغنيمة قام وارثه في قسمته مقامه) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن مات قبل إحراز الغنيمة في دار الإسلام أو قسمها في دار الحرب لم يستحق شيئاً من الغنيمة .

دليلنا: أنه مات في حال قسمت فيه الغنائم ، وصلحت القسمة ، فوجب أن يضرب له فيها بسهم ، دليله : إذا مات بعد إحرازها في دار الإسلام ، ولأنه مات بعد إحراز الغنائم في دار الغانمين ، فأشبه الإحراز في دار الإسلام .

مسألة: قال (ويعطى الراجل سهماً) وذلك لما تقدم من حديث ابن عمر رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ أسهم للرجل ولفرسه بثلاثة أسهم: سهماً له وسهمان لفرسه »[1] . فقد نص على أن السهم له .

ولأن ما يحتاج إليه الرجل من الموءنة أقل مما يحتاج إليه الفرس في الخدمة والحفاظ والتبن والعلف والقت والشعير والماء الكثير ، فإذا كان الرجل أقل موءنة ، كان سهمه أقل من سهم الفرس .

مسألة : قال (ويرضخ للمرأة والعبد)، أما المرأة فلا سهم لها، ولكن يرضخ لها، خلافاً للأوزاعي في قوله: يسهم لها .

دليلنا : ما روى عن ابن عباس أنه كتب إليه نجده الحروري أن اكتب إلى

(١) رواه البخاري في المغازي (٣٩٨٨) .

هل كان رسول الله ﷺ يغزو بالنساء معه ؟ قال : قد كان يغزو بهن يسقين الماء ويداوين الجرحى وما كان يسهم، ولكن يحذى لهن من الغنائم [١] .

ولأن النساء لسن من أهل القتال، بدليل ما روى أن عائشة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله أعلى النساء جهاد ؟ قال : « نعم جهاد لا قتال فيه : الحج والعمرة » [٢] .

وروى أنه مر بامرأة مقتولة فقال : « ما بال هذه تقتل فإنها لا تقاتل » [٣] .

فثبت أنهن لسن من أهل القتال ، فلم يجز أن يسهم لهن، كالعبيد .

وأما العبد فلا يسهم له أيضاً ، ويرضخ له ؛ لما روى عن ابن عباس قال : يرضخ للعبد ولا يسهم له [٤] .

ولأنه ليس من أهل الجهاد ، بدليل أنه لا يجب عليه، فإذا حضر الصف لم يتعين عليه ، وإذا لم يكن من أهله ، لم يسهم له كالمرأة ؛ لأنها منقوصة بالأنوثية.

مسألة : قال (ويسهم للكافر إذا غزا معنا) ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : يرضخ له ولا يسهم له . وقد روى عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى أبو بكر مرفوعا وموقوفاً عليه : « الغنيمة لمن

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (١٨١٢) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في المناسك (٢٩٠١). قال الألباني: صحيح .

(٣) أخرجه البخاري في الجهاد (٢٨٥٢) ، ومسلم في الجهاد (١٧٤٤) .

(٤) أخرجه أحمد (١/ ٢٢٤) ، والبيهقي (٩/ ٥٣) .

شهد الوقعة»[١] وهذا قد شهدها .

وروى أن المشركين غزوا مع الرسول الله ﷺ هوازن فأسهم لهم النبي ﷺ[٢].

ولأن الكفر نقص في الدين، فلم يمنع استحقاق السهم ، دليله : المسلم الفاسق، ولأنه من أهل القتال فأسهم له كغير الكافر.

وإذا قلنا : لا يسهم له . فوجهه حديث ابن عباس «أن النبي ﷺ استعان بيهود بني قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم»[٣] . وهذا نص .

مسألة : قال (وإذا غزا العبد على فرس لسيده قسم للفرس وكان للسيد ، ويرضخ للعبد) . لأنه فرس يقاتل عليه، فأشبه لو كان معه مالكه ، ويكون للسيد؛ لأن العبد لا يملك، ويرضخ له بدليل ما تقدم في المسألة قبلها .

مسألة : قال : (وإذا أحرزت الغنيمة لم يكن فيها لمن جاءهم مدداً أو هرباً من أسر حظ) . أما المدد فلا حظ فيه بعد الإحراز ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا لحق المدد قبل قسمة الغنيمة وقبل الخروج بها إلى دار الإسلام شاركوا فيها .

دليلنا: ما روى أبو بكر الصديق رضي الله عنه « الغنيمة لمن شهد الواقعة» . يروى مرفوعا موقوفاً[٤] .

---

(١) رواه البيهقي (٦/ ٣٣٥) (٩/ ٥٠) .

(٢) منهم صفوان بن أمية . رواه عبدالرزاق (١٢٦٤٦) .

(٣) رواه البيهقي (٩/ ٥٣) .

(٤) سبق تخريجه .

ولأنه مدد لحق بعد تقضي الحرب . فلم يستحق المشاركة . كما لو لحق بعد القسمة .

ولأنها دار لو لحق المدد فيها بعد القسمة لم يشارك ، فإذا لحق بعد تقضي الحرب لم يشارك كدار الإسلام .

ولأن بعد الإجازة والجمع قد تعلق حق الغانمين بها، بدليل أنه لو يملكوا الغنيمة بإزالة يد المشاركين عنها لكانت باقية على ملك المشركين ، ولو كان ذلك لنفذ عتق أهل الحرب في العبيد الذين حصلوا في الغنيمة فلما لم ينفذ ، ثبت أن ملكهم قد زال عنهم إلى الغانمين ، وإذا ثبت أن الملك يتحصل للغانمين اختصوا به ، ولم يجز أن يشاركهم غيرهم فيه.

وأما من هرب من أسر فلا حق له في الغنيمة ، لأنه لم يحضرها ، وقد قال النبي ﷺ : « الغنيمة لمن شهدها »[1] يعني الوقعة .

مسألة : قال (ومن بعثه الأمير لمصلحة الجيش، فلم يحضر الغنيمة أسهم له) . يعني بذلك البريد والدليل والرسول . وذلك لأن الجيش له منفعة بهم، وهم في مصلحته ، فأشبه السرية

مسألة : قال (وإذا سبوا لم يفرق بين الوالدة وولدها ، ولا بين الوالد وولده، والجد في ذلك كالأب، والجدة كالأم في ذلك ، ولا يفرق بين أخوين ، ولا أختين) معنى هذه المسألة : أن كل ذا رحم محرم لا يجوز التفرقة بينهم في السبي بقسمة ولا بيع ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : ما عدا الوالدين والمولدين يجوز التفرقة بينهم .

---

(١) سبق تخريجه .

دليلنا : ما روى أبو موسى قال : «لعن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالدة وولدها ، وبين الأخ وأخيه»[١] .

وقال علي رضي الله عنه : وهب لي رسول الله ﷺ غلامين، فبعت أحدهما ، فقال : «ما فعل الغلامان ؟» قلت: بعت أحدهما، قال : أردده[٢] . وهذا نص .

ولأنه إجماع الصحابة ، روى عبدالرحمن بن روح عن أبيه قال : كتب عمر رضي الله عنه : لا يفرق بين أخوين مملوكين في بيع[٣] .

ولأنه ذو رحم من جهة النسب ، فلا يفرق بينهما ، دليله : الوالد مع ولده ، يبين صحة هذا : أنه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة لم يجز له أن يتزوجها لما بينهما من النسب ، كما لا يجوز له أن يجمع بين امرأة وبنتها .

ولأن حق الحضانة ثبت لذوي الرحم المحرم من الصبي كما ثبت للوالدين، وكما لم يجز أن نفرق بينه وبينه، كذلك يجب أن لا يفرق بينه وبين ذي الرحم المحرم ، والذي يبين أن مسألتنا مثل الحضانة أنه ثابت في الأصل على وجه الشفقة ، ثم كان الحكم في الحضانة على ما بيناه، كذلك هاهنا .

مسألة : قال (ومن اشترى منهم وهم مجتمعون ، فتبين أن لا نسب بينهم رد إلى المقسم الفضل الذي فيه بالتفرق) . صورة هذه المسألة : في رجل اشترى جماعة من رقيق الغنيمة على أنهم أهل البيت ، ثم علم بعد ذلك أنهم أجانب ، فإنه ينظر ما حصل من النقصان في الثمن بين بيعهم مجتمعين ، وبين بيعهم

---

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات (٢٢٥٠) . قال الألباني: ضعيف .

(٢) أخرجه ابن ماجه في التجارات (٢٢٤٩) . قال الألباني: ضعيف .

(٣) رواه عبدالرزاق (١٥٣١٩)، والبيهقي (١٢٨/٩) .

متفرقين، ويرد إلى المقسم؛ لأن من العادة أن من اشترى جماعة فإنه يشترى بنقصان في الثمن ؛ لأن الثمن يكثر، وليس كل واحد يمكنه أن يشتري جماعة ، فإذا تبين أنهم أجانب يجوز تفريقهم ، وجب عليه رد الفضل؛ لأن المعنى الذي لأجله نقص في الثمن قد عدم ، فلهذا رجع به.

مسألة : قال : (ومن سبي من أطفالهم منفرداً ، أو مع أحد أبويه، فهو مسلم، ومن سبي مع أبويه كان على دينهما) . أما إذا سبي الطفل منفرداً فإنه على دين السابي ؛ لأن الطفل يعتبر في الدين بغيره لا بنفسه ، فلما لم يكن هاهنا من يعتبر دينه به غير السابي له اعتبرناه به، كما قلنا فيمن وجد لقيطاً في دار الإسلام فإنه في الدين تابعاً للدار ، كذلك السابي؛ لأن السابي يجري مجرى الدار في هذا الحكم .

وأما إن سبي مع أبويه فهو على دينهما كافر، خلافاً للأوزاعي في قوله: يتبع السابي في الإسلام .

دليلنا : قول النبي ﷺ : « كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه »[1] ثبت أن النبي ﷺ جعله في الدين تبعاً لهما .

ولأن السابي يجري مجرى دار الإسلام في الدين ، بدليل أنه لو وجد لقيطاً في دار الإسلام كان في الدين تابعاً للدار، كما أنه إذا سبي مع أحد أبويه فهو مسلم، خلافاً للشافعي في قوله : يتبع أحد الأبوين في الكفر ، وخلافا لمالك في قوله: إن سبي مع أمه تبع السابي في الدين ، وإن سبي مع أبيه كان على دين أبيه في الكفر .

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز (١٢٩٢) ، ومسلم في القدر (٢٦٥٨) .

دليلنا : ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه » فجعله في الدين تبعاً لهما ؛ دليله : أنه لا يكون تابعاً لأحدهما .

ولأنه لم يسب مع أبويه ، فكان على دين سابيه. دليله: لو سبي منفرداً منهما.

ولأنه لو أسلم أحد أبويه تبعه في الإسلام ، يجب أيضاً إذا سبي مع أحدهما أن يحكم بإسلامه لأجل سابيه ، يبين صحة هذا : أن لإسلام[1] السابي فائدة في إسلام الصبي، بدليل أنه لو سباه منفرداً كان مسلماً تبعاً لسابيه ، فجاز أن يقوم مقام أحد الأبوين في الإسلام، فيغلب حكم إسلامه ، كما يغلب حكم إسلام أحد الأبوين، فنقول: كل شخص غلب حكم إسلامه حال الإنفراد غلب حكم إسلامه مع غيره كأحد الأبوين ، والدلالة على ذلك: الخبر الذي تقدم .

ولأنه سبي مع أحد أبويه فحكم بإسلامه، دليله : إذا سبي مع أمه .

مسألة : قال : (وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين وعبيدهم فأدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به ، وأن أدركه مقسوماً فهو أحق به بالثمن الذي ابتاعه به من المغنم في إحدى الروايتين ، والأخرى : إذا قسم فلا حق له فيه بحال) . معنى هذه المسألة أن الكفار يملكون (أموال المسلمين بالقهر والغلبة، خلافاً للشافعي في قوله : لا يملكون)[2] ذلك ، وإذا لم يغلب عليهم المسلمون فينتزعونه من أيديهم بالسيف ، فإذا وجده بعد القسمة فهو أحق به بقيمته لا من جهته ، لكن بقيمته من المال المعد للمصالح، وهو خمس الخمس .

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز (١٢٩٢) ، ومسلم في القدر (٢٦٥٨) .

(٢) في (س) : « إسلام » .

ولنا: قوله تعالى ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ ﴾ [الحشر: ٨] فسماهم فقراء، فلو كانت أملاكهم باقية لما كانوا فقراء.

وروى ابن عباس أن رجلا وجد بعيراً له كان المشركون أصابوه[١]. [فجاء إلى رسول الله ﷺ، فقال: إني وجدت بعيري في المغنم كان أخذه المشركون، فقال له رسول الله ﷺ: «انطلق فإن وجدت بعيرك قبل أن يقسم فخذه، وإن وجدته وقد قسم فأنت أحق به بالثمن إن أردته»][٢].

ولما دخل النبي ﷺ مكة يوم الفتح قيل له: ألا تنزل في دارك يا رسول الله؟ قال: «هل ترك لنا عقيل من ربع»[٣]. وكان عقيل قد غلب على داره ورباعها، فهذا يدل على أنه قد كان ملكها، لأنه لو لم يكن كذلك لما قال: «وهل ترك لنا عقيل من ربع».

ولأنه يملك بالبيع، فجاز أن يملك بالقهر، دليله: أموال الحرب.

ولأن كل طائفتين جاز أن تملك إحداهما على الأخرى بالقهر جاز أن تملك الأخرى عليها به، كالروم والترك، وعكسه الطائفتان المؤمنتان، أعني أهل العدل وأهل البغي، وإذا ثبت أنهم قد ملكوه، فإن أخذه قبل القسمة أحق به بلا ثمن؛ لما روى في حديث ابن عباس في البعير: أن أصبته قبل القسمة فهو لك[٤].

---

(١) رواه الدارقطني (٤/ ١١٤)، والبيهقي (٩/ ١١١).

(٢) ما بين المعقوفين سقط من النسختين واستدركته من السنن الكبرى للبيهقي (٩/ ١١١).

(٣) رواه البخاري في الحج (١٥١١)، ومسلم في الحج (١٣٥١).

(٤) تقدم تخريجه.

وروى سالم بن عبد الله بن عمر، عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ماله قبل أن يقسم فهو له، فإن أدركه بعد أن قسم فليس له شيء»[(١)]، وقد نص على أنه له قبل القسمة.

ولأنه قبل القسمة لم يتعين فيه حق أحد من الغانمين، فكان أحق به. وأما إذا أخذه بعد القسمة، فإن قلنا: هو أحق به بالثمن فوجهه ما تقدم من حديث ابن عباس ما قال في إصابته بعد ما قسم: خذه بالقيمة.

ولأنه لم يمنع انتزاع ما هو مملوك عليه بالقيمة، ألا ترى أن الشفيع يملك المطالبة بالشقص وإن كان ملكا لغيره، وإذا قلنا: إنه يسقط حقه منه بعد القسمة. فوجهه ما تقدم من حديث ابن عمر.

وقوله: «من أدرك ماله بعد أن قسم فليس له شيء».

ولأنا قد حكما بزوال ملكه عنه وتعلق حق الغانمين به، فلم يكن أحق به بالثمن كسائر الأشياء إذا زال ملكه عنها ببيع أو هبة أو غيرها، ولأن ملكه زال عنه، فلم يكن أحق به بالثمن، كما لو أسلم الكافر وهو معه.

مسألة: قال: (ومن قطع من مواتهم حجراً أو عوداً، أو اصطاد حوتاً أو ظبياً رده على سائر الجيش إذا استغنى عن أكله أو لمنفعة به)، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: ما أخذه من موات أهل الحرب أو مباحاتهم فانه ينفرد بملكه قل أو كثر.

دليلنا: هو: أنه أخذه من دار الحرب بظهر المسلمين، فكان غنيمة، دليله: المملوكات، ويفارق هذا ما يأخذ من المباحات من موات المسلمين إنما

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ١١٣).

يملك؛ لأنه انفرد بأخذه ، وهاهنا لم ينفرد بأخذه ، وإنما أخذه بهم ويظهر من معه من المسلمين، فلم ينفرد به .

مسألة : قال : (ومن تعلف فضلاً عما يحتاج إليه رده على المسلمين، فإن باعه رد ثمنه في المقسم) ، إنما لزمه رد الفضل عن حاجته؛ لأنه لا ينفرد بملكه، وإنما كان له أخذه لأجل الحاجة الداعية إليه لتعذر ذلك عليهم في دار الحرب، لأنه لا يتمكن من نقل الميرة إلى دار الحرب لكثرة الموءنة في نقله ، وما فضل عن حاجته فلا ضرورة به إليه ، فلهذا لزمه رده على المسلمين ، فأما إن باعه فقد أطلق الخرقي القول في ذلك ، وقال: يرد ثمنه ، وهذا ينظر فيه ، فإن كان البيع من مجاهد مثله في دار الحرب لم يكن بيعاً في الحقيقة، ولكن يكون الثاني أحق به ، لأن العلف مباح في دار الحرب ، فمن حصل في يده شيء كان أحق به ، فعلى هذا للمشتري أن يرجع بالثمن الذي دفعه إليه .

وإن كان البائع من غير أهل الجهاد وإنما باعه من أجنبي كان البيع باطلاً، لأنه إنما يباح ذلك للمجاهدين عند الضرورة ، ثم ينظره فإن كانت العين قائمة ردت في المغنم، وإن كانت تالفة كان على متلفها قيمتها في المغنم ؛ لأنه أتلف مالاً يملك بغير حق ، وعلى هذا يحمل كلام الخرقي أنه يرد ثمنه في المقسم ، يعني يرد القيمة عند تعذر العين ، وروي في أصل المسألة أن صاحب الشام لما فتح [1] كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إنا فتحنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف، فكرهت أن أتقدم في شيء من ذلك إلا بأمرك ، فكتب إليه : أن دع الناس يعلفون ويأكلون ، فمن باع شيئاً بذهب أو فضة ففيه

---

(١) في (ب) : فتحت .

الخمس لله وسهم للمسلمين [١] .

مسألة : قال: (ويشارك الجيش سراياه فيما غنمت ، وتشاركه فيما غنم) معنى هذه المسألة : أن الإمام إذا انفصل بجيشه عن البلد وبعث قائداً في سرية إلى جهة من الجهات، فغنمت السرية كان ما غنموه بينهم وبين الجيش ، وقد تقدم شرح هذه المسألة إذا بعث سرية فغنمت أنها ترد على الجيش ، ولا فرق بينهما أكثر من أن السرية نفلها، وهذه لم ينفلها.

والدلالة على أن ما غنموه بينهم وبين الجيش: ما روى عن النبي ﷺ أنه لما غلب هوازن بعثت سرية من الجيش قبل أوطاس فغنمت السرية، فأشرك بينها وبين الجيش [٢] .

ولأنهم جيش واحد، بدليل أن كل واحد منهما رداً لصاحبه ، ألا ترى أن الجيش لو احتاج إليها رجعت إليه، وإن احتاجت إليه لحق بها ، فكانت كالميمنة والميسرة ، فإن الجيش شريك لهم فيه ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال (ومن فضل معه من الطعام شيء ، فأدخله البلد طرحه في مقسم تلك الغزاة في إحدى الروايتين، والرواية [٣] الأخرى : مباح له أكله إذا كان يسيراً) ، إنما لزمه طرحه في مقسم تلك الغزاة بعد إخراجه من دار الحرب

---

(١) رواه سعيد بن منصور (٢٧٥٠)، والبيهقي (٩/ ٦٠) . وابن عساكر (٦٠/ ١٤٠)، وابن أبي شيبة (٣٤٠١١) .

(٢) أخرجه البخاري بنحوه في المغازي (٤٣٢٣)، ومسلم في فضائل الصحابة (٢٤٩٨) مختصراً وانظر سنن البيهقي (٦/ ٥٤٥) .

(٣) لفظة : « والرواية » ساقطة من (ب) .

في إحدى الروايتين ؛ لأنه إنما كان أحق به في دار الحرب لموضع الحاجة الداعية، والضرورة الموجبة لذلك، وهو أن الجيش لا يتمكن من نقل الميرة والطعام معه إلى دار الحرب لكثرة المؤنة في نقله ، وقد زال هذا بدخوله في دار الإسلام ، فوجب أن يرد في المغنم .

وإذا قلنا : « إنه أحق به إذا كان يسيراً » فوجهه أن اليسير قد عفي عنه في الأصول، ولأن اليسير لا قيمة له تطلب في العادة ، والنفس تسمح به ، فلهذا كان له ذلك .

مسألة : قال : (وإذا اشترى المسلم أسيراً من أيدي العدو لزم الأسير أن يؤدي [إلى المشتري][1] ما اشتراه) ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يلزم .

دليلنا : ما روى السائب بن الأقرع عامل عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إليه في سبي العرب ورقيقهم وقد كان التجار اشتروه ، فكتب إليه: «وأيما حر اشتروه التجار فاردد عليهم رؤوس أموالهم ، فإن الحر لا يباع ولا يشترى[2] فظاهر هذا أنه قد حكم للمشتري برأس ماله سواء كان بإذن الأسير وبغير إذنه».

ولأن الأسير يجب عليه أن يفدي نفسه من أيديهم ولا يقيم في ديارهم ، قال النبي ﷺ : « أنا بريء من كل مسلم بين ظهراني المشركين لا تراءى ناراهما »[3] فإذا وجب عليه الخروج لزمه التسبب إليه بالمال أو غيره ، فإذا

(١) ما بين المعقوفين من متن الخرقي ليست في النسختين .

(٢) رواه سعيد بن منصور (٢٨٠٣) ، والبيهقي في الكبرى (٩/ ١٩٠) .

(٣) رواه أبوداود في الجهاد (٢٦٤٥)، والترمذي في السير (١٦٠٤) . قال الألباني: صحيح.

ناب الغير عنه بغير إذنه كان محتسباً به ، كما قلنا: إذا ضمن عنه بغير إذنه ديناً كان عليه قضاؤه عنه، أو أنفق على عبده الآبق فإنه يلزمه قضاؤه وإن كان بغير إذنه ، كذلك هاهنا ، وقد تقدم الكلام على ذلك الأصل .

مسألة : قال : (وإذا سبى المشركون من يؤدى إلينا الجزية ثم أقدر عليهم ردوا إلى ما كانوا عليه ، ولم يسترقوا ، وما أخذ العدو منهم من رقيق أو مال رد إليهم إذا علم به قبل القسمة) . إنما يردون إلى ما كانوا عليه ؛ لأن العهد لم ينقضوه ، فلم ينتقض بالسبي ، لأنه لم يوجد من جهتهم ما يوجب نقضه .

وأما ما أخذه من أموالهم فيجري مجرى أموال المسلمين ، فإنها تملك عليهم بالقهر والغلبة ، فإذا ظهر عليها المسلمون ، فأدركه قبل قسمته فهو أحق به ، وإن كان بعد قسمته فعلى روايتين كأموال المسلمين ، لأن حرمتهم لم تزل بالسبي، وكذلك حرمة أولادهم .

مسألة : قال : (ويفادى بهم بعد أن يفادى بالمسلمين) يعني أهل الذمة إذا سباهم أهل الحرب ، فإن للإمام أن يفادي بهم من رجال أهل الحرب كما يفادى بالمسلمين ، لأن حرمتهم لم تزل ، ولأن للمسلمين فيهم منفعة وهو أخذ الجزية منهم ، والقتال معهم، إلا أنه يُقدم المسلمون في الفداء؛ لأنهم أعظم حرمة منهم ، و الهجرة تلزمهم ، ولأنه يخاف عليهم أن يفتنوهم عن دينهم ، فلهذا قدموا في الفداء .

مسألة : قال : (وإذا حاز الأمير المغنم ووكل من يحفظها لم يجز أن يؤكل منه إلا أن ندعو الضرورة بأن لا يجدوا ما يأكلون) .

قوله : (إذا حاز الغنيمة) : يعنى إلى دار الإسلام ، فلا يجوز لأهل الغنيمة الأكل منها ؛ لأنه لا حاجة بهم ولا ضرورة إلى ذلك ، ولأنهم تمكنوا من

الميرة والطعام بأن يحمل إليهم، اللهم إلا أن لا يجدوا شيئاً في طريقهم إلى بلادهم فلهم ذلك؛ لأنها حال ضرورة تجري مجرى دار الحرب ، وفي دار الحرب يجوز لهم الأكل منها للحاجة .

مسألة : قال : (من اشترى من المغنم شيئاً في بلاد الروم فتغلب عليه العدو، لم يكن عليه شيء ، وإن كان أخذ منه الثمن رده إليه) أصل هذه المسألة جواز قسمة الغنائم في دار الحرب ، لأنه لا يجوز بيعها إلا بعد قسمتها خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يجوز قسمتها إلا أن يكون عدو يحتاج معه إلى قسمتها، وخلافاً لمالك في قوله : إن كانت الغنائم سبياً وهم النساء والصبيان لم تجز القسمة في دار الحرب ، وإن كان غير ذلك جاز .

دليلنا : ما روى عن النبي ﷺ : أنه قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء قريبا من بدر[1] ، وكانت بدر في ذلك الحال دار الحرب .

وروى الأوزاعي[2] قال : قسم رسول الله ﷺ غنائم بني المصطلق على مياههم، وغنائم هوزان في ديارهم ، وغنائم خيبر بخيبر ولم يزل الناس على ذلك إلى أن ظهرت الفتنة، قال: وما قسم رسول الله ﷺ غنيمة قط إلا في دار الحرب. ولا يمكن أن يقال : بني المصطلق أسلموا ، وصارت دارهم دار إسلام، لأن بني المصطلق فتحت سنة خمس وأسلموا بعد ذلك بزمان ، فقيل: إنهم أسلموا سنة ثمان، فبعث النبي ﷺ الوليد بن عقبة مصدقاً سنة عشر ، وكان الإسلام بعد الفتح

---

(١) رواه البيهقي في سننه (٦/ ٤٩٧) (٩/ ٩٧) . وانظر: البيهقي (٩/ ٩٦) حكاية عن الشافعي.

(٢) لم أجده . وانظر : الأم للشافعي (٤/ ١٦٥)، وسنن البيهقي (٩/ ٥٤، ٦٤)، والتلخيص الحبير (٣/ ١٠٥) ، والبدر المنير (٧/ ٣٤٦) .

بمدة كبيرة، وحال ما قسم النبي ﷺ كانت الدار دار حرب، وكل ما جاز قسمته لم تختص قسمته بمكان دون مكان، كالمواريث والخمس وسائر الأموال.

ولأن المسلمين قد ملكوا الغنيمة بالإحازة، يدل عليه أنهم لو لم يملكوها بإزالة يد المشركين عنها لكانت باقية على ملك المشركين، ولو كانت كذلك لنفذ عتق أهل الحرب في العبيد الذين حصلوا في الغنيمة، فلما لم ينفذ عتقهم ثبت أن ملكهم قد زال عنهم إلى غيرهم وهم الغانمون.

ولأنهم لو لم يملكوها لوجب إذا أسلم أحد من المشركين ولحق بالمسلمين قبل قسمة الغنيمة أن[1] يأخذ ماله في الغنيمة؛ لأن من أسلم على ماله واختص به، فلما لم يملكه في هذه الحال بالإسلام ثبت أن الملك زال عنه إلى الغانمين، وإذا ثبت ملكهم عليها صحت قسمتهم بدار الحرب، وإذا صحت القسمة جاز بيعها في دار الحرب؛ لأنه ملك من أملاكهم.

وإذا تبايعوا فيما بينهم ثم غلب العدو على ذلك فهل يكون على المشتري ضمان الثمن للبائع أم لا؟

فالذي نقل الخرقي: لا ضمان عليه، وإن كان البائع أخذ الثمن رده عليه. ونقل عن أحمد رحمه الله: يضمنه المشتري للبائع، وهو قول الشافعي رحمه الله.

وجه ما نقله الخرقي: أن دار الحرب المال فيها على خطر وغرر؛ لأنهم لا يأمنون الكرة من المشركين، فمتى قبض ثم غلب عليه حصل ذلك في حكم ما لم

---

(١) في النسختين: «أن يكون يأخذه» والصواب حذف يكون زائدة من النساخ فلهذا حذفتها.

بقبض ؛ لأنه قبض في حال غرر وخطر ، فهو كما قلنا في الثمر المعلق إذا خلي بينه وبينها وتلفت كانت من ضمان البائع ؛ لأنها معرضة للتلف ، كذلك هاهنا .

ووجه الرواية[1] الثانية : أن القبض المعتاد قد وجد ، فإذا تلف المبيع بعد ذلك كان من ضمان المشتري ، دليله : دار الإسلام ، ويفارق هذا الثمر المعلق؛ لأن القبض المستحق فيه أخذه أولاً فأول ، وإذا لم يأخذه لم يوجد القبض المعتاد ، فلهذا لم يضمنه المبتاع .

مسألة : قال : (وإذا حوربوا لم يحرقوا بالنار ، ولم يغرقوا النخل، ولم يعقروا شاة ولا دابة إلا لأكل لابد لهم منه، ولا تقطع شجرة، ولا يحرق زرعهم إلا أن يكونوا يفعلوا ذلك في بلدنا ، فنفعل ذلك في بلدهم لينتهوا) أما إذا لم يوجد منهم فعل ذلك بدار المسلمين حين ظهورهم عليها فلا يجوز أن يفعل بهم مثل ذلك إذا كان يقدر على هلاكهم بغيره؛ لما روى أبو هريرة قال : بعثنا رسول الله ﷺ فقال : « إن وجدتم فلاناً وفلاناً فأحرقوه بالنار » ثم قال رسول الله ﷺ حين أردنا أن نخرج : « إني أمرتكم أن تحرقوا فلاناً وفلاناً ، وأن النار لا يعذب بها إلا الله، فإن وجدتموهما فاقتلوهما »[2] ، وقوله : « إن النار لا يعذب بها إلا الله» دليل على أنه لا يجوز قتلهم بها .

وروى علي بن أبي طالب قال : « كان رسول الله ﷺ إذا بعث جيشاً قال : انطلقوا بسم الله، وفي سبيل الله» إلى أن قال : «ولا تغوروا عيناً، ولا تغرقوا

---

(١) لفظة : الرواية . سقطت من (ب) .

(٢) رواه البخاري في الجهاد (٢٧٩٥) .

شجراً إلا شجراً يمنعكم أو يحجز بينكم وبين أحد من المشركين»[١] . فقد نهى عن ذلك، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والتحريم .

واحتج أحمد رحمه الله بما روي أن أبابكر رضي الله عنه بعث جيشاً إلى الشام ونهاهم عن قطع الشجر[٢] . وفي لفظ آخر: روى أنه بعث إلى اليمامة جيشاً ونهاهم عن قطع الشجر[٣] .

ولأنا إذا فعلنا هذ لم نأمن منهم الظفر فيفعلوا بنا مثل ذلك ، ويفعلون بديار المسلمين، فيؤدي إلى خراب ديار المسلمين .

ولأن التحريق والتغريق إتلاف مال، ولا يجوز مع القدرة على أخذهم، دليله : سائر أموالهم .

وأما إذا فعلوا مثل ذلك بالمسلمين جاز أن يفعل ذلك بهم ردعاً لهم لينتهوا عن ذلك الفعل بالمسلمين، ومثل هذا ما قلنا: يعشر عليهم أموالهم إذا كانوا يفعلون بالمسلمين مثل ذلك .

وقوله : (ولا تعقر شاة ولا دابة إلا لأكل لابد لهم منه) ، معناه : أنهم إذا غنموا خيلاً أو غنماً، ثم أدركهم المشركون، فخافوا أخذها منهم لم يجز عقرها وقتلها ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يجوز ذلك .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ : « أنه نهى عن قتل الحيوان صبراً »[٤] . وكل

---

(١) لم نجده . وروى البيهقي نحوه في الكبرى (٩/ ١٥٤) . وقال : في هذا الإسناد إرسال وضعف. وانظر التحقيق لابن الجوزي (٢/ ٣٤٤) ، ومصنف عبدالرزاق (٩٤٣٠) .

(٢) لم نجده . وانظر السنن الصغرى للبيهقي (٣/ ٣٨٨)، والكبرى (٩/ ١٤٥) .

(٣) لم نجده . وانظر السنن الكبرى للبيهقي (٩/ ١٤٥) .

(٤) رواه البخاري في الذبائح (٥٥١٣)، ومسلم في الصيد (١٩٥٦) .

حيوان لم يجز قتله ، إذا لم يخف أن يأخذه المشركون لم يجز أن خيف ذلك، كالأطفال والنساء .

وقوله : (إلا لأكل لابد لهم منه) . ظاهره : أنه إن كان لهم غنى عن ذبحه لم يجز لهم ذبحه للأكل . وظاهر كلام أحمد رحمه الله أن الحكم في ذلك كالحكم في الطعام سواء ؛ لأنها كالطعام في باب الأكل والقوت .

ووجه قوله : إن الحيوان مقصود في نفسه ، وأهل القسمة يتشاحنون فيه، وليس كذلك الطعام ، فإنه في حكم التالف ، وأنفس الغانمين تطيب به ، فلهذا فرق بينهما .

مسألة : قال : (ولا يتزوج في أرض العدو إلا أن تغلب عليه الشهوة فيتزوج مسلمة ويعزل عنها ، ولا يتزوج منهم ، وإن اشترى منهم أمة لم يطأها في الفرج وهو في أرضهم) .

أما قوله : (لا يتزوج في أرض العدو إذا لم تغلب عليه الشهوة) فهو على طريق الكراهة ، لا على طريق التحريم ، وإنما كره له ذلك؛ لأن أهل الحرب يغير بعضهم على بعض ، فإذا أقام في دار الحرب ربما استرق؛ ولأنه يكثر سواد المشركين ، وذلك مكروه لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «أنا بريء من كل مسلم بين ظهراني المشركين لا تراءى ناراهما»[1] فإذا غلبت عليه الشهوة لم يكره له؛ لأنها حال ضرورة ، وللضرورة تأثير في النكاح ، ألا ترى أنا نبيح نكاح الأمة .

والدلالة على أن ذلك غير محرم إذا لم تغلب عليه الشهوة: أن إباحة النكاح

---

(١) سبق تخريجه .

وحظره إنما يعتبر فيه كون المنكوحة من أهل الكتاب ومن غيره ، ولا يؤثر أن تكون حربية أو غير حربية، ألا ترى أن المجوسية لا فرق بين أن تكون حربية أو غير حربية في التحريم ، كذلك هاهنا .

وإنما قال : يعزل عنها في حال الوطء خوفاً أن تعلق منه فيسبى ولده ويسترق ، فلهذا قال : يعزل .

مسألة : قال : (ومن دخل أرض العدو بأمان لم يخنهم في مالهم ولم يعاملهم بالربا) أما الخيانة فلا تجوز ؛ لأنهم قد عصموا دماءهم وأموالهم بالأمان، وأما معاملتهم بالربا فلا تجوز أيضاً ، خلافاً لأبي حنيفة في إجازته ذلك .

دليلنا : ما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين، ولا الدينار بالدينارين ولا فضل بينهم»[1] ولم يفصل بين دار الحرب ودار الإسلام .

ولأنه لا يخلو إما أن يأخذه بعقد أو بغيره فيطل أن يملكه بعقد ؛ لأن العقد فاسد، ويطل أن يملكه بغيره؛ لأنه إنما أخذه ليملكه بالعقد ، فلا يصح أن يملكه بغير الوجه الذي أخذه ، وإذا ثبت هذا ثبت أنه مالكه .

مسألة : قال : (ومن كان له مع المسلمين عقد فنقضوه حوربوا وقتل رجالهم، ولم يسب ذراريهم، ولم يسترقوا إلا من ولد بعد نقضه) أما الرجال فإنهم يحاربون ويقتلون لأنهم صاروا حرباً بمثابة أهل الدار ، وأما الذرية الذين كانوا قبل نقضهم العهد لا يسترقون؛ لأنه يصح أن يعقد الأمان لنفسه

---

(١) لم أجده . وروى أحمد نحوه (٢/ ١٠٩) عن ابن عمر . وانظر حديث ابن عمر مع أبي سعيد بالمسند (٣/ ٤).

دون ذريته، ولذريته دون نفسه ، بدليل أن حربياً لو بعث ذريته إلى دار الإسلام بأمان ، وأقام هو في دار الحرب انعقد الأمان لذريته دون نفسه ، ولو عقد لنفسه دون ذريته صح ، كذلك هاهنا جاز أن يزول أمان نفسه ، ويبقى أمان ذريته ، وإذا ثبت أن العهد لا ينتقض[1] في الذرية الموجودة قبل انقضاء العهد سواء كانوا في دار الإسلام أم لحقوا بدار الحرب ، فالحكم واحد لا ينتقض العهد في حقهم على ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه قال : (ولا تسب ذراريهم) . والنهي إنما يكون في دار الحرب ، فالحكم فيه كما قلنا في ذرية المسلمين الموجودية قبل النقض[2] ، وقد حكينا خلاف أبي حنيفة في ذرية المرتد وأنه يفرق بين أن يكونوا في دار الحرب أو في دار الإسلام. وأما الموجودون بعد نقض العهد فإنهم يسترقون على ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه قال : (لا يسترقون إلا من ولد بعد نقض العهد) ، وذلك لأنهم بمنزلة آبائهم ، وقد ثبت أن للإمام استرقاق الآباء كذلك الأولاد ، ويفارق المرتد الموجود بعد الردة أنه لا يسترق على اختلاف أصحابنا ؛ لأنه يتبع أباه ، وأبوه لا يجوز استرقاقه .

مسألة : قال : (وإذا استأجر الأمير من يغزو مع المسلمين لمنافعهم لم يسهم لهم ، وأعطوا ما استؤجروا عليه) .

المسألة محمولة على أن الأجراء من أهل الذمة ، وأن عقد الإجارة وقع على الحضور ، لأن السهم يستحق بالحضور، وأن المدة معينة بأيام معلومة، لما روى عن عبدالرحمن بن عوف أن رجلاً أتاه فقال : أني أريد أن أغزو معك على أن

---

(١) في النسختين : لا يتبعض . والصواب ما أثبت .

(٢) في النسختين : اللذرية. والصواب ما أثبت .

يلحق لي سهم . فقال : نعم . ثم بدا للرجل فقال : إني أخاف أن لا تصيبوا شيئاً. فلست بالذي أخرج معك حتى تفرض لي شيئاً مفروضاً. ففرض له ثلاثة دنانير فخرج معه ، فأصابوا غنائم كثيرة ، فأراد أن يفرض له ، ثم سأل النبي ﷺ فقال: «لا أجد له في غزاته هذه إلا الأجرة ، ثلاثة دنانير»[1] . وهذا نص .

ولأن الجهاد لا يختص أن يكون فاعله من أهل القربة ، فصح عقد الإجارة عليه، دليله : البناء والخياطة وغير ذلك .

مسألة : قال : (ومن غلّ من الغنيمة حرق رحله كله إلا المصحف والحيوان) خلافاً لأكثرهم في قولهم : لا يحرق رحله .

دليلنا : ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أن النبي ﷺ قال : «من وجدتموه وقد غلّ فأحرقوا متاعه»[2] .

وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : «من وجدتموه وقد غلّ فأحرقوا متاعه»[3] .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ وأبابكر وعمر رضي الله عنهما حرقوا متاع الغال وضربوه ومنعوه سهمه[4] .

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : «من وجدتم متاعه غلولاً فأحرقوا متاعه

---

(١) رواه الطبراني في مسند الشاميين (٦٦٥) .

(٢) رواه أبوداود في الجهاد (٢٧١٣)، والترمذي في الحدود (١٤٦١) قال الألباني: ضعيف .

(٣) لم أجده . وأشار إليه البيهقي في المعرفة (١٨١٥٢) .

(٤) رواه أبوداود في الجهاد (٢٧١٥) . قال الألباني: ضعيف .

واضربوه ». فوجدوا فيه مصحفاً فسأل سالماً فقال تصدق به[1] .

ولأنه لما سقط القطع عنه جاز أن يعاقب بغيره ليرتدع وينزجر، كما قلنا فيمن سرق من غير حرز ، وهو سارق الثمار الرطبة يسقط عنه القطع ويضاعف عليه الغرامة عقوبة، كذلك ههنا .

ولأنه لا يمتنع أن تقع العقوبة بمثل هذا ، ألا ترى أنا إذا ظهرنا على دار الحرب جاز أن نحرق عليهم بيوتهم إذا كانوا يفعلون بالمسلمين مثل ذلك ، وأما المصحف والحيوان فله حرمة في نفسه فلهذا لم يجز تحريقه .

مسألة : قال : (ولا تقام الحدود على مسلم في أرض العدو) معنى هذا الكلام : أنها تقام عليه إذا رجع إلى دار الإسلام ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن كان هناك إمام وإلا لم يجب الحد أصلاً، والشافعي في قوله: تجب وتقام في دار الحرب .

والدلالة على وجوبها بكل حال خلافاً لأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة : ٣٨] ، وقال تعالى : ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور : ٢] وهذا عام في كل دار .

ولأن كل دار وجبت فيها الحدود إذا كان فيها إمام، وجب فيها وإن لم يكن فيها إمام، دليله : دار الإسلام . وكل من لو فعل معصية في دار الإسلام وجب عليه بها حد، فإذا فعلها في دار الحرب وجب عليه، دليله : لو كان هناك إمام .

والدلالة على أنها لا تقام الحدود في دار الحرب حتى يرجع إلى دار الإسلام : إجماع الصحابة . روي عن أبي الدرداء أنه كان ينهى عن أن تقام

---

(١) ورد ضمن حديث أبي داود (٢٧١٣) ، والترمذي (١٤٦١) المتقدم .

الحدود على الرجل وهو غاز في سبيل الله حتى يعود مخافة أن تحمله الحمية فيلحق بالكفار[١] .

وعن علقمة قال : كنا في جيش بأرض الروم ومعنا حذيفة بن اليمان والوليد بن عقبة ، فلما دنونا من العدو شرب الوليد الخمر ، فأردنا أن نحده، فقال : لا تحدوا أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعوا فيكم[٢] .

ولأنا لو أقمنا عليه الحد لم نأمن أن تأخذه الحمية فيلحق بدار الحرب فيضعف المسلمون ويحيف عليهم الكفار، وتلك حالة نفتقر إليه فيها ، ولأنه ربما كان للمسلمين به قوة ومنفعة، وبإقامة الحد عليه يضعف عن ذلك، فلهذا وجب تأخير الحد عنه ليدخل إلى دار الإسلام .

مسألة : قال : (وإذا فتح حصن لم يقتل من لم يحتلم أو ينبت أو يبلغ خمس عشرة ، ومن حارب من هؤلاء - أو النساء أو الرهبان أو المشايخ - في المعركة قتلوا ، أما إذا لم يوجد من النساء والصبيان والمشايخ والرهبان قتال ولا تدبير ولا رأي فإنهم لا يقتلون)، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين في المشايخ والرهبان: يقتلون .

دليلنا : ما روى أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال : « انطلقوا على اسم الله، لا تقتلوا شيخاً فانياً، ولا طفلاً ولا امرأة »[٣] .

---

(١) رواه سعيد بن منصور (٢٤٩٩) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة (١٩٧٩٩، ٢٩٤٦٦) ، وسعيد منصور (٢٥٠١) .

(٣) سبق تخريجه .

وروى ابن عباس «أن النبي ﷺ نهى عن قتل الذرية وأصحاب الصوامع»[1].

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ رأى في بعض غزواته امرأة مقتولة فقال: «ما بال هذه تقتل وأنها لا تقاتل ، ونهى عن قتل النساء»[2] . فنبه على العلة المانعة من قتلها وهي أنها لا تقاتل ، وهذه العلة موجودة في الشيخ وأصحاب الصوامع؛ لأن هؤلاء لا يقاتلون في العادة لا لعلة مانعة ، ولا تحصل منهم نكاية في المسلمين، فوجب أن لا يقتلوا كالنساء والصبيان، ولا يلزم عليه الجريح فإن امتناعه عن القتال لعذر وهو الجرح .

وأما إذا وجد القتال منهم، أو كان ممن له رأي وتدبير فإنهم يقتلون لما روى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال : « اقتلوا شيوخ المشركين »[3] وهذا محمول عليه إذا كان له رأي وتدبير ، ولأن لهم نكاية في المسلمين فقتلوا، دليله : الشباب .

مسألة : قال (وإذا خلي الأسير منا وحلف أن يبعث إليهم بشيء بعينه أو يعود إليهم فلم يقدر عليه لم يرجع إليهم) .

أما إذا كان يقدر على إنفاذ الفداء إليهم فإنه يلزمه الوفاء بذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ﴾ [النحل : ٩١] .

ولأن في رد الفداء مصلحة للأسارى ، وفي منعه مفسدة عليهم ؛ لأنه لا يطلق بعده أسير .

وأما إن لم يقدر على الفداء حتى ينفذه إليهم ، لم يلزمه الرجوع إليهم ،

---

(١) رواه أحمد في مسنده (١/ ٣٠٠) بمعناه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) رواه أبوداود في الجهاد (٢٦٧٠) ، والترمذي في السير (١٥٨٣) قال الألباني: ضعيف .

وكذلك لو أطلقوه على أن يرجع إليهم، لم يلزمه الوفاء بذلك على ظاهر ما نقله الخرقي . وقد روى أبوداود عن أحمد رحمه الله: يلزمه الرجوع ، وهو قول الشافعي رحمه الله .

وجه ما نقله الخرقي : أن دار الحرب دار هجرة ، وقد أنقذه الله منها ، فلا ينبغي له أن يعود إليها بعد أن أنقذه الله منها ، ولأن المذهب لا يختلف أنهم لو أطلقوا امرأة على أن ترجع إليهم لم يلزمها الرجوع إليهم ، كذلك الرجل[1] ههنا.

ووجه الثانية عموم قوله تعالى : ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ﴾ [الإسراء : ٣٤] و ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة : ١] .

ولأن النبي ﷺ صالح أهل الحديبية على أن يرد من جاء منهم بعد الصلح ، فلما جاءه أبوجندل رده إلى أبيه، وجاء أبوبصير فرده، فقتل أبوبصير المردود معه، وجاء إلى النبي ﷺ فقال : وفيت ونجاني الله منهم[2] . ولم يرده النبي ﷺ، ولم يعب ذلك عليه، وتركه، فدل على أنه يرجع إليهم ويفي لهم .

مسألة : قال : (ولا يجوز للمسلم أن يهرب من اثنين، وساغ له أن يهرب من ثلاثة ، فإن خشي الأسر قاتل حتى يقتل) . فالدلالة على أنه لا يجوز له أن يهرب من اثنين إلى غير فئة ولا متحيزاً لقتال ، وإن فعل كان فاسقاً هو : أن فرض الجهاد كان على أن يصابر الواحد من المسلمين عشرة من المشركين، بدليل قوله تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ ۚ إِن يَكُن مِّنكُمْ

---

(١) لفظة: «الرجل هاهنا» سقطت من (ب) .

(٢) رواه البخاري في الصلح (٢٥٥٣) ، وفي الشروط (٢٥٨١) مطولاً .

عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفًا مِّنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ ﴾ [الأنفال : ٦٥] .

ثم علم الله تعالى ضعف هذه الأمة ، فخفف عنهم ونسخه إلى أن يصابر كل مسلم كافرين ، ويصابر مائة مائتين ، وألف ألفين ، بقوله تعالى: ﴿ ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ ﴾ [الأنفال : ٦٦] فاستقر الفرض عليهم وتوفي النبي ﷺ .

وروي عن ابن عباس أنه قال : من فر من اثنين فقد فر . ومن فر من ثلاثة لم يفر[1] . ثبت أنه لا يجوز الفرار من اثنين . وهذا دلالة على أنه لا يجوز له الهرب من اثنين .

والدلالة على أنه من هرب كان فاسقاً قوله تعالى : ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ ۖ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ ﴾ [الأنفال: ١٦]. وهذا وعيد ، وإنما يتواعد من عصى، وروي عن النبي ﷺ أنه عد الكبائر وعدّ الفرار من الزحف منها كبيرة[2] .

وقوله : (فإن خاف الأسر قاتل حتى يقتل) . يعني إذا زاد عددهم على اثنين ولم يمكنه الخلاص منهم بالفرار ، وخاف الأسر، وأنه لا يأمن أن يفتن عن

---

(١) رواه الشافعي في الأم (٤/ ٢٤٢) ، وعبدالرزاق (٩٥٢٥)، وابن أبي شيبة (٣٤٣٧٨) ، وسعيد بن منصور (٢٥٣٨)، والبيهقي (٩/ ٧٦)، والطبراني في الكبير ١١/ ٩٣ (١١١٥) .
(٢) رواه البخاري في الوصايا (٢٦١٥)، ومسلم في الإيمان (٨٩) .

دينه، ولأنه بالثبات يقتل صابراً محتسباً ويدخل الجنة ، وقد[١] روي أن رجلاً قال: يا رسول الله ، أرأيت إن انغمست في العدو فقتلت صابراً محتسباً (أأنا)[٢] إلى الجنة ؟ قال : «نعم» ، فغمز بعقبيه فقتل[٣] . ثبت أن الصبر على ذلك تحصل به الشهادة .

مسألة : قال : (ومن آجر نفسه بعد أن غنموا على حفظ الغنيمة فمباح له أخذه إذا كان راجلاً أو على دابة يملكها) .

صورة هذه المسألة : أن الإمام إذا حاز الغنيمة ، وأراد نقلها إلى دار الإسلام، استأجر رجلاً على حفظها إلى دار الإسلام ، فإنه جائز ؛ لأن فيه حفظاً للغانمين بحفظ أموالهم ، فهو كأجرة البغال أو الحمير أو أجرة البيت.

وقوله : (إذا كان راجلاً أو على دابة يملكها) قصد بهذا أنه لا يجوز أن يركب دابة من الغنيمة ؛ لأنه قد تعين ملك الغانمين فيها ، ولا يجوز أن يؤجر نفسه على حفظه مال الغانمين ويركب دابة من الغنيمة ؛ لأنه قد تعين ملك الغانمين فيها ، فلا يجوز، كما لو أجر نفسه من رجل بعينه على شيء من دواب له ، لم يجز له أن يركب دابة منها ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (ومن لقي علجاً فقال له : قف، أو ألق سلاحك فقد أمنه) وذلك لأن هذا اللفظ يعتقدونه أماناً ، ويفهم منه لفظ الأمان ، فكان أمناً ، كما لو قال : لا بأس عليك ، وقد أمنتك .

---

(١) لفظة « قد » ساقطة من (ب) .

(٢) ما بين القوسين بياض في (س) ولم تذكر في (ب) .

(٣) لم أجده بهذا اللفظ . وانظر البدر المنير (٩/ ٩٧) .

مسألة : قال : (ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده لم يقطع) معنى قوله : (من سرق من الغنيمة) : قبل القسمة فلا قطع عليه إذا كان له فيها حظ ؛ لأن له في ذلك حظاً ، وهو خمس الخمس ، وله سهم منها ، فكان سهمه [سبباً] في سقوط القطع ، وكذلك لو لم يكن له حظ، ولكن لولده أو لسيده فيها حظ لم يقطع ؛ لأن له حقاً في خمس الخمس ، وله شبهة في مال ولده ومال سيده، بدليل أنه لا يقطع بسرقته من مالهما، وهذا مال لهما فيه حق.

مسألة : قال : (ولو وطء جارية قبل أن يقسم أدب ولم يبلغ به حد الزنا ، وأخذ منه مهر مثلها وطرح في المقسم، إلا أن تلد منه فيكون عليه قيمتها) .

أما قوله : (أدب) ، فلأنه لم ينفرد بملكها، فوطؤه لها يصادف ملك غيره بغير حق، فلا يبلغ به الحد ؛ لأن له فيها ملكاً، فما من جزء إلا وله فيه حق بقدر حصته، فسقط الحد للشبهة .

وقوله : (وأخذ منه مهر مثلها فطرح في المقسم) ظاهر كلامه أنه يلزمه جميع المهر، وليس هذا على ظاهره، بل يسقط عنه من المهر بقدر حصته منها. بيانه: أن يكون الغانمون عشرة ، فيسقط عنه عشر مهر مثلها ، لأن وطئه صادف ملكه في عشرها، فكان عليه تسعة أعشار مهر مثلها ؛ لأنه صادف ملك غيره بشبهة ، كذلك إن كان عدد الغانمين مجهولاً ، فإن الإمام يحصره ، فينظر كم عددهم ، وينظر كم يخصه منها ، فيسقط عنه من المهر بقدر حصته منها على ما بينا في المهر ، وهو أن يكون الغانمون في التقدير عشرة، فيسقط عنه عشر قيمتها؛ لأن وطئه صادف ملكه في عشرها فكان عليه تسعة أعشار قيمتها، لأنها ملك لغيره ، وقد أتلفه بالإيلاد ، وإنما لزمه قيمة حقهم منها لأنها قد

صارت أم ولده بالإيلاد ، وإنما صارت أم ولده؛ لأن الغنيمة تصير ملكاً للغانمين بالحيازة ، وهو من جملة الغانمين ، فقد صادف وطؤه ملكه، لأنه قد ثبت له ملك ؛ لأن ما من جزء إلا وله فيه حق بقدر حصته .

والدلالة على أنها ملك للغانمين بالحيازة : هو أن حقوق الغانمين قد تعلقت بها ، بدليل أنه ينقطع حق المسدد منها ، كما ينقطع بعد القسمة ، فوجب أن يحكم له فيها بالملك ، دليله : الغنيمة . وإذا ثبت أن وطئه صادف ملكه ، وجب أن تكون أم ولده؛ لأنه أولدها ، وله فيها ملكاً ، فكانت أم ولده كما لو ملك جميعها .

ولأنه قد اجتمع فيها ما يوجب الإيلاد وهو قدر ملكه ، وما ينفي حكم الإيلاد وهو ملك غيره، فغلب الإيلاد، كما لو وطئ في المرض المخوف جاريته فأولدها وهي لا تخرج من الثلث ، فإنها تصير أم ولد وتعتق بموته تغلياً للحرية ، كذلك هاهنا .

* * *

كتاب الجزيـــة

الأصل في الجزية قوله تعالى : ﴿ قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ ﴾ إلى قوله: ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴾[التوبة :٢٩].

وأيضا روى سليمان بن بريدة ، عن أبيه قال: « كان رسول الله ﷺ إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أوصاه بتقوى الله في خاصة نفسه ومن معه من المسلمين خيراً ، وقال له : « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث، فإن هم أجابوك إليها فاقبل منهم، وكف عنهم، ثم ادعهم إلى التحويل من دارهم إلى دار المهاجرين .. » الخبر ؛ إلى أن قال: « فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، وإن أبو فاستعن بالله عليهم وقاتلهم »[١] .

وروى معاذ بن جبل « أن النبي ﷺ لما بعثه إلى اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافر »[٢] .

وروى السائب بن يزيد « أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس البحرين »[٣]، وأخذها عمر رضي الله عنه من مجوس فارس، وأخذها عثمان من مجوس بربر[٤]،

---

(١) رواه مسلم في الجهاد (١٧٣١) .

(٢) رواه أبو داود في الزكاة (١٥٧٦) ، والترمذي في الزكاة (٦٢٣) ، والنسائي في الزكاة (٢٤٥٠) . قال الألباني : صحيح .

(٣) رواه الترمذي في السير (١٥٨٨) .

(٤) رواه مالك في الموطأ ١/ ٢٧٨ (٤١) عن ابن شهاب بلاغًا .

والأخبار في ذلك كثيرة .

مسألة : قال : (ولا تقبل الجزية إلا من يهودي ، أو نصراني ، أو مجوسي ، إذا كان مقيماً على ما عوهدوا عليه ، ومن سواهم ، فالإسلام أو القتل).

قد تقدم شرح هذه المسألة في كتاب السبي ، لكنا نعيد ذلك ، أما اليهود فتؤخذ منهم الجزية، سواء من العرب أو العجم، خلافاً لأبي يوسف في قوله: لا تؤخذ من العرب من أهل الكتاب .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ [التوبة : ٢٩] . فهو عموم في جميع أهل الكتاب .

وروى أنس قال : بعث رسول ﷺ خالد بن الوليد إلى دومة الجندل ، فأغار عليها ، فأخذ أكيدر دومة ، فأتى به النبي ﷺ فصالحه على الجزية [١] . وهو من العرب . وأخذ الجزية من نصارى نجران [٢] ، وفيهم عرب ؛ لأنهم أهل كتاب ، فجاز أخذ الجزية منهم ، كالعجم .

والدلالة على أخذها من المجوس : ما روى الزهري عن السائب بن يزيد أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر البحرين، وأخذها عمر من مجوس فارس ، وأخذها عثمان من مجوس بربر [٣] .

وقوله: (إذا كان مقيماً على ما عوهدوا عليه) معناه: إذا لم ينقض العهد الذي عقد له ، وإن نقض العهد بمخالفة شرط من الشروط وجب نقض

---

(١) رواه أبو داود في الخراج (٣٠٣٧) . قال الألباني : حسن .

(٢) رواه البخاري في المغازي (٤١١٩) .

(٣) سبق تخريجه .

عهده، ولم تؤخذ منهم الجزية ؛ لأنه يعود حرباً على ما كان عليه في الأول، والجزية لحقن الدماء، وبنقض العهد يحل دمه .

وأما ما سوى أهل الكتاب والمجوس مثل عبدة الأوثان، فلا يجوز أخذ الجزية منهم ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يؤخذ من جميع الكفار، إلا مشركي قريش؛ لأنهم ارتدوا .

دليلنا قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾[التوبة : ٥] فاقتضى ذلك قتل جميع الكفار إلا ما خصه الدليل ، وفي معناه قول النبي ﷺ : «أُمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله »[١] .

ولأنهم طائفة ليس لهم كتاب ولا شبهة كتاب ، فلم يجز إقرارهم على دينهم ببذل الجزية ، دليله : عبدة الأوثان من العرب ومشركي قريش ، ولا يلزم عليه المجوس ؛ لأن لهم شبهة كتاب ، ولأن أخذ الجزية حكم يتعلق بالكفر ، فاستوى فيه حكم العرب والعجم ، كالقتل وتحريم المناكحة ، والذبيحة ، وغير ذلك .

ووجه الثانية في جواز أخذها من مشركي العجم : أن كل من جاز إبقاؤه على دينه بالاسترقاق جاز ببذل الجزية ، كالكتابي، يبين صحة هذا : أنه لو كان أمر الجزية يتعلق بالكتاب لما جاز أخذها من المجوس ؛ لأنهم لا كتاب لهم ؛ ولأن الجزية صغار ، فإذا جاز إلحاق الصغار بأهل الكتاب مع فضلهم كان بعبادة الأوثان أولى .

مسألة : قال : (والمأخوذ منهم الجزية على ثلاث طبقات، فيؤخذ من

---

(١) رواه البخاري في الزكاة (١٣٣٥) ، ومسلم في الإيمان (٢٠) .

أدونهم اثنا عشر درهماً، ومن أوسطهم أربعة وعشرون درهماً ، ومن أيسرهم ثمانية وأربعون درهماً) .

خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يؤخذ من الرجال الغني والفقير والمتوسط والمعنى في ذلك سواء .

وخلافاً للثوري في قوله : ذلك مردود إلى اجتهاد الإمام .

دليلنا ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل أهل السواد ثلاث طبقات ، ووضع عليهم الجزية على الفقير المعتمل اثني عشر، وعلى المتوسط أربعة وعشرين، وعلى الموسر ثمان وأربعين [١] .

وكان ذلك بمحضر من الصحابة وتوافق منهم ، ولم يخالفهم أحد ، ولا أنكر عليه منكر ، فصار إجماعاً للصحابة .

وأيضاً فإن الخراج على ضربين: خراج على الرؤوس ، وخراج على الأرضين ، وقد ثبت أن خراج الأرضين يختلف مقداره ، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه بعث إلى عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان ليمسحا الأرض ويضعا عليها الخراج ، فمسحاها ، ووضعا عليها على كل جريب يصلح للزراعة قفيزاً أودرهمًا ، وعلى كل جريب الرطبة خمسة دراهم، وعلى جريب الكرم عشرة ، وعلى جريب النخل عشرة ، فقال لهما : لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق، قالا : لا ، بل تركنا لهم فضلاً [٢] . فاعتبر الطاقة ، ولم يسو بين الأرضين في الواجب فيها، كذلك خراج الرؤوس يجب أن يعتبر مقداره، ويعتبر فيه الطاقة،

---

(١) رواه أبو عبيد في الأموال (١٠٤،١٧٤) ، والبيهقي (٩/ ١٩٦) .

(٢) رواه أبو عبيد بنحوه في الأموال (١٧٢،١٧٤،١٧٥) ، وابن زنجويه (٢٥٨،٢٥٩) .

فلا يسوي بين الفقراء والمتوسطين والأغنياء في ذلك ؛ ولأنه يجب في كل حول دفعه ، فاختلف بكثرة المال وقلته ، دليله الزكاة .

مسألة : قال : (ولا جزية على صبي ، ولا زائل العقل ، ولا امرأة ، ولا فقير ، ولا شيخ فانٍ ، ولا زمن ، ولا أعمى ، ولا على سيد عبد عن عبده إذا كان السيد مسلماً).

أما الصبي والمجنون والمرأة فلا جزية عليهم ، لقوله: ﴿ قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ﴾ ثم قال : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ . فلما أخبر أن قتالهم حتى يعطوا الجزية ، ثبت أنها إنما تجب على من يقاتل ، وهؤلاء ليسوا من أهل القتال .

وأيضاً روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد : أن اضربوا على من جرت عليه المواسي [1] .

ولأن الجزية تجب لحقن الدماء ، فلم تجب على هؤلاء ؛ لأنهم محقونو الدماء، ولأن المرأة مال ، بدليل أنها متى وقعت في الأسر ملكت بالإجارة كالبهائم ، فإذا كانت كالأموال فالجزية لا تؤخذ من الأموال .

وأما الشيخ الفاني والزمن والأعمى فإنه لا جزية عليهم أيضاً ؛ لأنهم إذا وقعوا في الأسر لا يقتلون ؛ فلهذا لم تؤخذ منهم الجزية كالنساء .

وأما الفقير فقد أطلق القول في أنه لا جزية عليه ، وهذا محمول على الفقير الذي [لا] يعتمل ، وإن كان معتملاً فعليه الجزية ، كما قلنا في باب الزكاة تحل على المعتمل ، خلافاً للشافعي – رحمه الله – في أحد قوليه : أخذ المال لا

---

(١) رواه أبو عبيد في الأموال (٩٣) ، والبيهقي (٩/ ١٩٨) .

يحقن دمه إلا ببذله ، والثاني : يحقن دمه بضمانه ، ويطالب به إذا أيسر.

دليلنا : ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل السواد ثلاث طبقات ، فوضع عليهم الجزية ، ولم يضع على الفقير الذي ليس بمعتمل شيئا[1] . ولو كانت واجبة عليه لما تركها ؛ لأنه لا يجوز أن يترك في دار الإسلام من تجب عليه الجزية بغير شيء .

ولأن الخراج على ضربين: خراج الرؤوس ، وخراج الأرضين ، ثم ثبت أن خراج الأرضين يعتبر فيه الطاقة ، والفقير الذي ليس بمعتمل غير مطيق ، فيجب أن توضع شيء يدل على أنها تجري مجرى الخراج ، أنها تجب في كل سنة مرة ، وشبه أيضاً من هذا الوجه صدقة الفطر والزكاة ، ثم استوى الغني والفقير في وجوبها عليه ، كذلك الجزية ، وليس من حيث سوينا بين المكتسب وبين الغني في الإيجاب ، يجب أن نسوي بين الفقير الذي ليس بمكتسب ، وبين الغني ، ألا ترى أن مخالفنا يسوي بين المكتسب وبين الغني في تحريم أخذ الصدقة ، ولم يسو بين الفقير الذي يكتسب وبين الغني .

وأما العبد فلا جزية عليه ؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا جزية على العبد»[2] .

وعن عمر أنه قال : لا جزية على المملوك [3] .

ولأنه مال ، بدليل أنه محقون الدم ، بمعنى أنه لو وقع في الأسر لم يكن

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) لم أجده .

(٣) قال في التلخيص الحبير (٤/ ١٢٣) : روي مرفوعًا وموقوفًا على عمر ، ليس له أصل .

الإمام مخيراً ، وإنما هو كالبهيمة ، فظاهر كلام أحمد - رضي الله عنه - أنه لا جزية عليه ، سواء كان سيده مسلماً أو كافراً.

وقول الخرقي : « ولا على سيد عبد عن عبده إذا كان سيده مسلماً » ظاهره أنه إن كان كافراً فعليه الجزية ، وقد نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل، ووجهه أن العبد ذكر من أهل التكليف، فجاز أن تتعلق بجنسه الجزية ، دليله: الأحرار ، ولا يلزم عليه إذا كان السيد مسلماً ؛ لأن التعليل للجنس في الجملة ، ولأنه إذا كان السيد مسلماً ففي إيجاب الجزية عليه ذلة وصغار على سيده؛ لأنها تجب في ماله عن عبده، وهذا المعنى معدوم إذا كان السيد كافرًا؛ ولأن الجزية حق في مال يجب أداؤه عن الرقبة ، فجاز أن يدخله التحمل ، دليله : صدقة الفطر .

مسألة : قال : (ومن وجبت عليه الجزية ، فأسلم قبل أن تؤخذ منه سقطت عنه) خلافاً للشافعي – رحمه الله– في قوله : لا تسقط عنه بالإسلام .

دليلنا : ما روى ابن عباس – رضي الله عنهما– عن النبي ﷺ أنه قال : «ليس على مسلم جزية»[1] .

وروي عنه أنه قال : « لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الخراج »[2] يعني الجزية .

وقال عليه السلام : « الإسلام يجبّ ما قبله »[3] .

---

(١) رواه أبو داود في الخراج (٣٠٥٣) . قال الألباني : ضعيف .

(٢) أشار إليه البيهقي (٩/ ١٣٩) ، ولم أجده مسندًا .

(٣) رواه أحمد (٤/ ١٩٨، ٢٠٤، ٢٠٥)، ورواه مسلم في الإيمان (١٢١) بلفظ : «الإسلام يهدم ما كان قبله » .

ولأنها مأخوذة على وجه الصغار ، والمسلم لا يجري عليه الصغار ، فوجب أن لا تؤخذ منه، ألا ترى أنه لا يؤخذ منه جزية مبتدأة بعد الإسلام؛ ولأن الجزية عقوبة تجب بسبب الكفر ، ألا ترى أنه لا يجوز ابتداء إيجابها في الإسلام ، وكل عقوبة وجبت بسبب الكفر فالإسلام يسقطها ، كالقتل الواجب ابتداء قبل قبول الجزية .

مسألة : قال : (وإذا أعتق العبد ، لزمته الجزية لما يستقبل ، سواء كان المعتق له مسلماً أو كافراً) .

وقد روي عن أحمد رحمه الله : لا جزية عليه ، ويقر في دار الإسلام بغير جزية ؛ لأنه قد بقي عليه شيء من أحكام الرق ، وهو ثبوت الولاء عليه .

ووجه ما نقله الخرقي : أنه جزء محقون الدم على التأبيد ، فلا يقف في دارنا بغير جزية ، دليله : الحر الأصل ، ولا يلزم عليه المرأة والصبي والشيخ الفاني أولئك محقونو الدم .

مسألة : قال : (ولا تؤخذ الجزية من نصارى بني تغلب ، وتؤخذ الزكاة من أموالهم ، ومواشيهم ، وثمرهم مثلي ما يؤخذ من المسلمين) .

بنو تغلب كانوا عبدة الأوثان ، فانتقل منهم ثلاث طوائف إلى دين أهل الكتاب تنوخ وبهز وبني تغلب ، فدعاهم عمر - رضي الله عنه - إلى بذل الجزية ، فأنفوا ، وقالوا : نحن قوم عرب ، خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة ، فقال عمر : لا آخذ من مشرك صدقة ، فلحق بعضهم بالدوم ، فقال النعمان بن زرعة : يا أمير المؤمنين ، إن القوم لهم بأس وشدة ، وهم عرب ، فأنفوا من الجزية ، فلا تعن عليك عدوك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، فبعث عمر - رضي الله عنه - في طلبهم فردهم ، وأضعف عليهم

الصدقة من الإبل من كل خمس شاتان ، ومن كل ثلاثين بقرة تبيعين ، ومن كل أربعين شاة شاتين ، ومن كل عشرين دينارًا ديناران ، وفي كل مائتي درهم عشرة دراهم ، وفيما سقته السماء الخمس ، وفيما سُقي بنضح أو غرب أو دولاب العشر[1] . فاستقر ذلك من قول عمر - رضي الله عنه - ، ولا مخالف له في الصحابة ، فثبت أنه يجوز للإمام أن يأخذ الجزية باسم الصدقة ، فظاهر كلام الخرقي أنه يأخذ من كل نساء بني تغلب وصبيانهم ما يؤخذ من رجالهم ، وقد نص أحمد - رحمة الله عليه - على ذلك ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا يؤخذ من نسائهم وصبيانهم شيء .

دليلنا : ما روي عن عمر بن الخطاب أنه صالحهم على أن تضاعف عليهم الحقوق التي تؤخذ من أموال المسلمين ، ومعلوم أنه يؤخذ من نساء المسلمين ما يؤخذ من رجالهم ، وأيضاً قال: الجزية إذا كانت مأخوذة على طريق الصلح فإنه يستوي فيها حكم الرجال والنساء ، بدلالة ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لمعاذ : « خذ من كل حالم وحالمة ديناراً »[2] وكان ذلك على وجه الصلح ، كذلك ما يؤخذ من نصارى بني تغلب هو مأخوذ على طريق الصلح ، فوجب أن يستوي فيه حكم الرجال والنساء .

مسألة: قال : (ولا تؤكل ذبائحهم ، ولا تنكح نساؤهم في إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى : تؤكل ذبائحهم ، وتنكح نساؤهم) .

---

(١) رواه أبو عبيد بنحوه في الأموال (٧١) .

(٢) رواه أبو داود في الزكاة (١٥٧٦) ، والترمذي في الزكاة (٦٢٣) ، والنسائي في الزكاة (٢٤٥٠) . قال الألباني : صحيح .

وجه الأولة : أنهم كانوا عباد أوثان ، فانتقلوا إلى دين أهل الكتاب ، ولم يعلم هل انتقلوا إلى دين أهل الكتاب قبل التبديل أو بعده ، فإن كان قبل التبديل أقروا عليه ، وإن كان بعده نظرت : فإن دخل في غير المبدلين أقر عليه، وإن كان في دين المبدلين لم يقر عليه ، فالأمر فيهم مشكل ، فوجب أن يغلب حكم التحريم ، ويقضى فيه بحكم المجوس .

ووجه الثانية : أن عمر - رضي الله عنه - أقرهم على دين أهل الكتاب ، وأخذ منهم الجزية بتسمية الزكاة ، ولم يعتبر هل دخلوا في دين المبدلين أو غير المبدلين، فدل على أن حكمهم حكم أهل الكتاب في الجملة ، فيجب أن يكونوا في حكمهم في أكل ذبائحهم ونكح نسائهم ؛ لأنهم في حكم أهل الكتاب في أخذ الجزية منهم ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (ومن اتجر من أهل الذمة إلى غير بلده ، أخذ منه نصف العشر في السنة ، فإذا دخل إلينا تاجر حربي بأمان أخذ منه العُشر)

أما أهل الذمة إذا اتجروا إلى غير بلدهم فإنه يؤخذ [منه][1] نصف العشر في السنة ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله: لا شيء عليهم غير الجزية، إلا أن يدخلوا إلى الحرم .

دليلنا : ما روى ابن سيرين قال : بعثني أنس بن مالك على العشور ، فقلت له : تبعثني على العشور من بين عمالك ، فقال : أما ترضى أن أجعلك على ما جعلني عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - عليه ، أمرني أن آخذ من المسلمين

---

(١) في المخطوط : « من ».

ربع العشر، ومن أهل الذمة نصف العشر، ومن لا ذمة له العشر[١].

ولأنه كافر اتجر إلى غير بلده، فوجب أن يتعلق بما له حق المسلم، دليله: الحربي إذا تجر إلى بلدنا؛ ولأنه انتقل من بلده إلى بلدان المسلمين بتجارة، فكان عليه نصف العشر، دليله: لو اتجر إلى الحجاز، فإنه موضع اتفاق، وإذا ثبت أنه يؤخذ منهم نصف العشر فذلك في السنة مرة واحدة، وإن تكررت تجارته في السنة مراراً؛ لأنه مال يؤخذ بعقد أمان، فكان في السنة مرة كالجزية، ولأن الجزية على المشركين نقمة، وعلى المسلمين نعمة، ثم ثبت أن الزكاة إنما تجب في السنة مرة، كذلك ههنا.

وأما الحربي إذا دخل إلينا تاجراً فإنه يؤخذ منه العشر، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: لا يؤخذ منهم إلا أن يشترط عليهم.

دليلنا: ما تقدم من حديث عمر - رضي الله عنه - أنه أمر بأخذ العشر، ولم يفرق بين أن يشترط عليهم أو لا يشترط.

ولأن الأمان يحظر علينا تناول أموالهم إلا بطيب أنفسهم، فإذا أخذوا من تجارنا علم أنهم رضوا بأن يؤخذ من تجارهم مثله، ولا يحتاج إلى شرط. وأيضاً: فإن ما يؤخذ من أموال التجار لا يحتاج فيه إلى شرط، دليله: ما يؤخذ من أموال أهل الذمة.

مسألة: قال: (ومن نقض العهد [بمخالفة شيء مما صولحوا عليه][٢] حل دمه وماله) وذلك لما روي أن النبي ﷺ عقد الهدنة مع بني قُريظة، فنقضوا، ثم

---

(١) رواه البيهقي (٩/ ٢٠٩).

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من المحقق مذكورة في مختصر الخرقي.

منّ عليهم ، فنقضوا ، فعقد الهدنة مرة أخرى ، فنقضها بعضهم ، فسار النبي ﷺ إليهم وسباهم وأخذهم[١]؛ ولأن النبي ﷺ قاضى سهيل بن عمرو على وضع الحرب عشر سنين، وعلى أن من أراد الدخول في هدنة النبي ﷺ دخل، ومن أراد الدخول في هدنة قريش دخل[٢]. فدخلت خزاعة في هدنة النبي ﷺ، ودخلت بنو بكر في هدنة قريش ، ثم تعدى بنو بكر على بني خزاعة ، وسكتت قريش ، فنقض النبي ﷺ الهدنة ، وسار إليهم ففتح مكة . ثبت أن نقض العهد يبيح الدم والمال .

مسألة : (قال : ومن هرب إلى دار الحرب [من ذمتنا][٣] ، ناقضاً للعهد عاداً حرباً [لنا][٤]) وذلك ؛ لأنه لما باين الدار بنفسه وتخير دار الحرب ، صار في حكمهم بوجود معنى دار الحرب فيه ، وبالله التوفيق .

* * *

(١) رواه البخاري في الجهاد (٢٨٧٨) ، ومسلم في الجهاد (١٧٦٨) .

(٢) رواه البخاري في الجهاد (٢٥٨١) .

(٣) ما بين المعقوفين زيادة من المحقق مذكورة في مختصر الخرقي .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من المحقق مذكورة في مختصر الخرقي .

كتاب الصيد والذبائح

الأصل في جواز الصيد وأكله قوله تعالى: ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ۗ ﴾ [المائدة: ٩٦] فأباح صيد البحر لكل أحدٍ مطلقاً، وحرم صيد البر على المحرم، فدل على أنه حلال في غير الإحرام. وقال تعالى: ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟ ﴾ [المائدة: ٢]، وقال تعالى: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۙ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ ۖ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ [المائدة: ٤]، وروى أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «من اقتنى كلباً إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط»[1] فلما حرم اقتناء الكلب واستثنى ما كان للصيد دل على جواز الاصطياد.

وروى أبو ثعلبة الخشني قال: قال لي رسول الله ﷺ: «كل ما ردت عليك قوسك وكلبك»[2] فدل الكتاب والسنة على جواز الصيد.

مسألة: قال أبو القاسم - رحمه الله - (ومن سمى وأرسل كلبه، أو فهده المعلم فصاد[3] وقتل، ولم يأكل منه حل أكله، فإن أكل الكلب أو الفهد من

---

(١) رواه مسلم بنحوه في المساقاة (١٥٧٥).

(٢) رواه البخاري بنحوه في الذبائح (٥١٧٠)، ومسلم في الصيد (١٩٢٩).

(٣) في المخطوط: «فأصاب»، والتصويب من مختصر الخرقي.

الصيد ، لم يؤكل [منه][1] ؛ لأنه أمسكه على نفسه ، فبطل أن يكون مُعلماً) .

أما قوله : (من سمى وأرسل كلبه) معناه : أن التسمية على الإرسال واجبة ، فإن تركها لم يحل الأكل ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : ليست بواجبة ، فإن تركها أبيح الأكل .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام : ١٢١]، وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه قال لعدي بن حاتم : « إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وإن شاركه كلب آخر فلا تأكل ، إنما سميت على كلبك»[2] ، فجعل التسمية شرطاً ؛ ولأنه قال : « فإنما سميت على كلبك » ، فأخبر أنه إذا شارك الكلب كلبٌ لم يسم عليه لم يؤكل صيده ، وفي بعض ألفاظ حديث عدي بن حاتم : « إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وإن لم تسمّ فلا تأكل»[3]، وفي بعضها . إذا سميت فكل وإلا فلا تأكل »[4]، وهذا نص ، وأيضاً فإنه لو لم تكن التسمية شرطاً في إباحة الذبيحة والصيد لوجب أن تحل ذبيحة المجوسي والوثني ، كما يحل أكله السمك الذي يأخذانه ، فلما اتفقوا على اعتبار كون الذابح مسلماً أو كتابياً ، علم أن التسمية شرط في إباحة الذبيحة .

وقوله : « وأرسل كلبه أو فهده المُعلَّم » معناه : إن لم يكن معلماً ، فلا تأكل

---

(١) ما بين المعقوفين لم يذكر في المخطوط ، وثبت في مختصر الخرقي .

(٢) رواه البخاري بنحوه في الوضوء (١٧٣) ، ومسلم في الصيد (١٩٢٩) .

(٣) لم أجده بهذا اللفظ .

(٤) رواه أبو داود في الصيد (٢٨٥٤) .

صيده الذي قتله ، والدلالة عليه قوله تعالى : ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] فأباح الأكل إذا كانت الجوارح معلمة .

وقوله في حديث عدي: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه»[١] فأباح الأكل إذا كان معلماً .

ولأن الذكاة تختلف بحسب القدرة عليها والعجز عنها ، بدليل ذكاة المقدور عليه في الحلق واللبة ، وذكاة الممتنع عقره في أي موضع وقع من بدنه ، فإذا كان معتبراً بالقدرة عليه والعجز عنه ووجدنا أن تعليم الكلب الصيدي مقدورعليه ، فيجب أن يكون معتبراً ، كما قلنا فيما له حد يجرح به ، وهو مقدور عليه في الصيد ، فكان معتبراً ، وما لا حد له مثل البندقة والمعراض لا يقع به الذكاة ؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عن غير المعلم بالتعليم.

وقوله: (فإن أكل الكلب أو الفهد من الصيد ، فلا يأكل منه)، خلافاً لمالك، وأحد القولين للشافعي - رحمه الله - : يباح أكله .

دليلنا قوله تعالى : ﴿ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ [المائدة : ٤] فشرط في إباحة صيد الكلب أن يمسك علينا، وإذا أكل منه فلم يمسك علينا، وأيضاً روى سعيد بن عبدالله ، عن الشعبي ، عن عدي بن حاتم ، عن النبي ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكله ، وإذا أكل فلا تأكل ، فإنما أمسك على

---

(١) رواه مسلم في الصيد والذبائح (١٩٢٩ – ١) .

نفسه » . ولأن كل ما كان شرطاً في إباحة الأكل في ابتداء الصيد وجب أن يكون شرطًا في الإباحة في استدامته كالاسترسال ، ولا يلزم عليه ترك الأكل في الابتداء ، وليس بشرط في الاستدامة ، وذلك أن الكلب إذا تكرر منه ترك الأكل في الابتداء فإنه كل ما صاد صيداً ولم يأكل فقد تقدم منه تكرار ترك الأكل ، وذلك موجود في كل صيد يصيده ، وأيضاً فإنه إذا أكل منه فقد تلك التعليم ؛ لأن تعليم الكلب بترك الأكل ، وأن لا يمسك على نفسه ؛ لأن التعليم معتبر في كل صيد ، فإذا تركه وأمسك على نفسه لم تؤكل ذكاته ، دليله : إذا استرسل بنفسه ولم يزجره صاحبه ، فصاد فإنه لا يؤكل ؛ لأنا نتبين أنه أمسك على نفسه دون صاحبه ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإن أرسل البازي ، أو ما أشبهه ، فصاد وقتل أكل ، وإن أكل من الصيد ؛ لأن تعليمه بأن يأكل) خلافاً للشافعي في أحد القولين : لا يأكل منه.

دليلنا: أن البازي يعلم بالأكل ، فإذا أكل لم يخرج بذلك عن أن يكون معلماً، وليس كذلك الكلب ؛ لأن تعليمه ترك الأكل ، فإذا أكل ما صاده تبينا أنه ترك التعليم ، وأمسكه على نفسه ، فلهذا حرم أكله .

مسألة : قال : (ولا يُؤكل ما صيد بالكلب الأسود إذا كان بهيماً ؛ لأنه شيطان) خلافاً لأكثرهم في قولهم : يؤكل صيده .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة : ٣] . وقول النبي ﷺ : « الذكاة في الحلق واللبة »[1] فالظاهر يمنع إباحة ما عدا ذلك .

---

(١) رواه الدارقطني (٢٣٨/٤) (٤٥) .

وأيضاً: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يقتل الكلب الأسود البهيم»[1] وقال: «إنه شيطان»[2] فظاهر هذا يمنع من الاصطياد به؛ لأنه أمر بقتله، فإذا أمسكه فقد حصل ممسكاً لما أمر بقتله فيكون منهياً عنه، والنهي يدل على فساد المنهي عنه؛ ولأن الكلب الأسود آلة منهي عن الذكاة بها لعينها، فلم تصحّ الذكاة بها، دليله: السن والظفر، والدلالة على أنه منهي عن الذكاة بها: ما تقدم من أمره بقتلها، وأمره بالقتل يمنع من الانتفاع به، ولا يلزم عليه الذكاة بالسكين الغصب؛ لأنه يجوز الذكاة به على اختلاف أصحابنا؛ لأن النهي لا لعينه، وإنما هو لعارض وهو الغصب.

وأيضاً فإن الكلب الأسود ممنوع من اقتنائه بدلالة: أن النبي ﷺ أمر بقتله، وإذا كان ممنوعاً من ذلك لم يكن لتعليمهم حكم؛ لأن فعله للتعليم فيه منهي عنه، وإذا لم يكن له حكم لم يصح الاصطياد به، كالكلب الذي ليس بمعلم، ويفارق هذا سائر الكلاب؛ لأنه غير ممنوع من إمساكها فتعليمها له حكم، فلهذا جاز الاصطياد به، قال الشيخ: وهذا أجود طريقة تسلكها في المسألة.

مسألة: قال: (وإذا أدرك الصيد وفيه روح، فلم يذكه [حتى مات][3] لم يؤكل، فإن لم يكن معه ما يذكيه به، أشلى الصائد له عليه حتى يقتله فيؤكل)

خلافاً لأكثر الفقهاء: أنه إذا أشلى الصائد عليه حتى يقتله لم يبح أكله، وقد روي عن أحمد - رحمه الله - مثل هذا.

---

(١) رواه أبو داود في الصيد (٢٨٤٥) بنحوه.

(٢) رواه مسلم في المساقاة (١٥٧٢).

(٣) ما بين المعقوفين لم يذكر في المخطوط.

وجه ما نقله الخرقي : قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ [المائدة : ٤] وهذا عام ؛ ولأن هذه الحال يتعذر فيها الذكاة في الحلق واللبة في الغالب ، فجاز أن تكون ذكاته على حسب الإمكان ، دليله : إذا تردى في بئر، وإذا ندّ بعيره ، ويفارق هذا إذا كان له صيد في بيته وخاف عليه الموت ، ولم يجد ما يذكيه أنه لا يعفى عن محل الذكاة ؛ لأن تلك الحال لا يتعذر فيها آلة الذكاة غالباً ؛ لأنه لا يخلو رحله من ذلك .

ووجه الثانية : أنه صيد مقدورعليه ، فلم يكن اشلاء الكلب عليه ذكاة له ، دليله: لو وجد سكيناً .

مسألة : قال : (وإذا أرسل كلبه ، فأصاب معه غيره ، لم يؤكل [الصيد][1] إلا أن يدركه في الحياة فيذكيه) خلافاً للشافعي في قوله : يؤكل .

دليلنا قول النبي ﷺ : « كل مما أمسك عليك كلبك ، فإن وجدت مع كلبك كلباً آخر فخشيت أن يكون أخذه معه وقتله فلا تأكل ، فإنك إنما ذكرت اسم الله على كلبك ولم تذكره على غيره»، ولأنا قد دللنا على وجوب التسمية، وأنها شرط في الذكاة ، فإذا وجد مع كلبه كلباً آخر وقد قتل الصيد احتمل أن يكون القتل حصل بكلبه الذي أرسله وسمى عليه ، واحتمل أن يكون القتل من كلب غيره ولم يسم عليه ، والأصل التحريم ، فلم يبح أكله بأمرٍ محتمل .

مسألة : قال : (وإذا سمى ورمى صيداً ، فأصاب غيره ، جاز أكله) خلافاً لمالك في قوله : لا يحل .

دليلنا : قوله ﷺ : « إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل ما أمسك

---

(١) ما بين المعقوفين لم يذكر في المخطوط ، ومذكور في المختصر .

عليك » وهذا ممسك عليه ؛ ولأنه لو رأى صيداً كباراً ، فأرسل عليها وكان بينها صيود صغار، فصاد الكلب واحداً من الصغار حل أكله ، وإن لم يكن الإرسال على الصغار؛ ولأنها لم تكن مشاهدة ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإذا رمى صيداً فغاب عن عينه فوجده ميتاً ، وسهمه فيه ، ولا أثر به غيره ، جاز أكله) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا يباح أكله.

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن توارى عنه وهو في طلبه ، فوجده مقتولاً جاز أكله ، وإن توارى عنه واشتغل بعمل غيره ، ثم ذهب في طلبه فوجده مقتولاً كرهنا له أكله .

دليلنا : ما روى هشيم ، عن [أبي] بشر، عن سعيد بن جبير، عن عدي بن حاتم قال : قلنا : يا رسول الله ، إنا أهل صيد يرمي أحدنا الصيد فيغيب عنه الليلة والليلتين ثم نتبع أثره بعدما يصبح فيجد سهمه فيه . قال : « إذا وجدت سهمك فيه ولم تجد أثر سبع وعلمت أن سهمك قتله فكُلْ »[1] . وفي هذا دليل على أبي حنيفة ؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يبقى في طلب الصيد اليومين والليلة ، وقد جاز أكله .

والدلالة على الشافعي في منعه أكله بالغيبة ؛ ولأنه لم يكن هاهنا بسبب كان معه موته في الظاهر إلا سهمه ، فوجب أن يجوز أكله إذا لم يتوارى عنه ، وإن كان في طلبه .

مسألة : قال : (وإذا رماه ، فوقع في ماءٍ ، أو تردى من جبل لم يؤكل) .

---

(١) رواه النسائي في الصيد (٤٣٠٠) بلفظ متقارب .

ظاهر كلامه أنه لا يؤكل سواء كانت الرمية موجبة لقتله أو لم تكن ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : إذا كانت موجبة لقتله حل أكله .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ﴾ [المائدة:٣] وهذا عام ، وأيضاً حديث عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال : « إذا وقعت رميتك في ماء فغرقت فلا تأكل»[1]، ولأنه مذبوح وقع في ماء قبل خروج روحه ، فلا يباح أكله ، كما لو لم يستوف الذبح ، ولم تكن منه الرمية موجبة.

مسألة : قال : وإذا رمى صيداً ، فقتل جماعة فكله مباح) وذلك لأن سهمه قتله ، فأبيح أكله ، دليله : الصيد الواحد الذي قتله ؛ ولأن ليس الاعتبار بقصد صيد بعينه ، بدليل : أنه لو رمى صيداً ، فأصاب غيره جاز أكله ، وكما لو رمى مصيوداً وقصد كبارًا ، فقتل صغارًا حل ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : « وإذا ضرب الصيد ، فأبان منه عضواً لم يؤكل ما أبان منه، وأكل ما سواه في إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى : يأكله وما أبان منه » المسألة محمولة على أن الرمية موجبة لا يبقى معها الحيوان ، وأما إن كانت الرمية غير موجبة وكان في الحيوان حياة مستقرة ، فلا يباح أكل ما بان منه رواية واحدة ؛ لقول النبي ﷺ : « ما أبين من حي فهو ميت »[2] .

فإذا ثبت أن المسألة محمولة على أن الرمية موجبة لا يبقى معها الحيوان ، فإن قلنا : لا يؤكل ما بان منه ، ويؤكل ما سواه ، فوجهه قول النبي ﷺ : « ما

---

(١) رواه أبو داود في الصيد (٢٨٥٠) . قال الألباني : صحيح .

(٢) رواه أبوداود بنحوه في الصيد (٢٨٥٨) ، والترمذي في الأطعمة (١٤٨٠) قال الألباني: صحيح .

أبين من حي فهو ميت » وهذا قد بان من حي ؛ ولأنه قد أبان منه لا يمتنع بقاء الحيوان مما بقي ، فوجب أن لا يحل أكل ما أبان منه ، كما لو أدركه الصياد وفيه حياة مستقرة ، فذبحه أو لم يعلم ذبحه حتى مات ، فإن ما بان منه لم يؤكل، كذلك ههنا ، وإذا قلنا : يباح أكل ما بان منه فوجهه : أن كل عقر كان ذكاةً لما بان منه ، أصله إذا قطعه بنصفين ؛ ولأن العقر في الممتنع يحل محل الذبح في غير الممتنع ، ثم ثبت أن الذبح في غير الممتنع يبيح ، سواء حصل بذلك إبانة الرأس أو لم يحصل ، كذلك العقر في الممتنع .

مسألة: قال: (وكذلك إذا نصب المناجل للصيد)، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : إذا انعقر الصيد بالمناجل ومات لم يؤكل .

دليلنا : قول النبي ﷺ : « كل ما ردت عليك يدك ، وكل ما ردت عليك قوسك »[1]. وهذا مما ردت عليه ، بدلالة نصبها بيده ؛ ولأن سبب قتل الصيد وجد من جهته بما له حدّ ، فأبيح أكله ، كما لو رماه بالمناجل والسهم ؛ ولأن إباحة الصيد حكم يتعلق بالمال يجب بإتلاف الحيوان إذا كان مباشرة ، فتعلق به إذا كان سبباً ، دليله : قتل الآدمي استوى حكم المباشرة والسبب في الدية ، يجب أن يستوي المباشرة والسبب في إباحة الصيد.

مسألة : قال : (وإذا أصاب بالمعراض ، أكل ما قتل بحده ، ولا يؤكل ما قتل بعرضه) . وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمَوْقُوذَةُ ﴾ [المائدة: ٣] وهي المصبورة بالحجارة وبالمعراض حتى تموت .

وأيضاً روى الشعبي عن عدي بن حاتم قال : سأل النبي ﷺ رجل عن

---

(١) رواه أبو داود بنحوه في الصيد(٢٨٥٦) . قال الألباني : صحيح .

المعراض فقال : «إن قتل بحده فكل ، وإن قتل بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ »[١]؛ ولأن الذكاة بحسب القدرة ، بدليل أن ذكاة المقدورعليه في الحلق واللبة ، وذكاة الممتنع عقره في أي موضع وقع في بدنه ، والاحتراز من القتل بعرضه يمكن ؛ لأنه يمكنه القتل بحده ، فلما أمكن الاحتراز منه اعتبرناه فيما لا يمكن الاحتراز منه وهو ما يجرحه بحده ، كان وجوده شرطاً .

مسألة : قال : (وإذا رمى صيداً فعقره ، ثم رماه آخر فأثبته، ورماه آخر فقتله ، فلا يؤكل ، ويكون لمن أثبته القيمة مجروحاً على من قتله) .

أما قوله : « لا يؤكل » محمول على أن الرمية التي قتلته كانت في غير الحلق واللبة ؛ لأنه مقدور عليه حين أثبته ، وذكاة المقدور عليه في الحلق واللبة .

وأما قوله : (ويكون لمن أثبته القيمة مجروحًا على من قتله) فظاهر كلامه أن له عليه كمال القيمة مجروحاً سواء كان الرامي الثالث رماه رميةً موجبة غير مذكية ، مثل إن رماه في قلبه أو خاصرته ، أو لم يوجبه بل جرحه ومات من الجرحين ، وسواء قدر الثاني على ذكاته بعد جرح الثالث له فلم يذكه حتى مات ، أو لم يقدر على ذكاته بل أدركه وقد مات ، أما إذا كانت الرمية موجبة غير مذكية ، فإنما ألزمه كمال قيمته مجروحاً ؛ لأنه أتلفه على صاحبه بجنايته عليه؛ لأن ضمان الصيد بالتحريم له ، والثالث حرمه دون الأول والثاني ؛ لأن الجرحين الأولين مثخنان ، بدليل أنه لو مات منهما أكل ، فلما كان الثالث حرمه كان متلفاً له ، فضمن كمال قيمته .

ويفارق هذا لو جرح شاة نفسه ثم جرحها آخر وماتت من الجراحين أنه لا

---

(١) رواه مسلم في الصيد (١٩٢٩) بنحوه .

يلزم الثاني كمال قيمتها ؛ لأن كل واحد منهما قد حصل منه الإتلاف ؛ لأن كل واحدة من الجراحتين محرمة ؛ فلهذا لم يلزم الثاني كمال القيمة ، وكذلك الحكم فيه إذا لم تكن الثالثة موجبة لكن مثبتة لم يقدر على ذكاته ؛ لأن الإتلاف حصل من الثالث ، فكان حكمه كما لو كانت الرمية موجبة ، فأما إن لم تكن موجبة وقدر المثبت له على ذكاته فلم يذكه حتى مات فإنما لزمه كمال قيمته أيضاً ؛ لأن الثاني ملكه بإثباته ، فصار ملكاً له ، وإذا عقره الثالث فقد جنى على مقدور عليه ، وليس فيه أكثر من أن الثاني ترك ذكاة ملكه حتى هلك، فيجب أن لا يقدح هذا في ضمان الثالث ، كما لو جرح رجل شاة لغيره فتركها صاحبها ولم يذكها ، فإن أكلها حرام ، وعلى الجارح كمال قيمتها ، كذلك هاهنا ، فهذا ظاهر كلام الخرقي .

ويمكن أن يحمل كلامه على وجه آخر . وهو أن تكون رمية الثالث غير موجبة ولم يقدر الثاني على ذكاته ، فأما إن قدر الثاني على ذكاته فلم يذكه ومات من الجرحين ، لم يلزم الثالث كمال قيمته ؛ لأن عقر الثاني والأول كان مبيحًا ، وعقر الثالث كان حاظرًا ، فلما ترك الأول ذكاته مع القدرة بان أن الثاني كان حاظرًا فقد مات من جرحين حاظرين وجرح مبيح ، فلم يلزم أحدهما كمال القيمة ، كما لو جرح شاة نفسه ثم جاء آخر فجرحها فماتت ، لم يلزم الثاني كمال قيمتها ؛ لأنها ماتت من جرحين حاظرين ، ويفارق هذا إذا جرح شاة غيره فلم يذبحها صاحبها ؛ لأنها ماتت من جرحه وحده ، فلهذا كان عليه كمال قيمتها ، فإذا إذا لم ينفرد الثالث بالضمان فلم يلزمه بعوضها في صيد قيمته عشرة وكان أرش جرح الأول درهماً، وأرش جُرح الثاني درهمين، وأرش جرح الثالث ثلاثة ، ومات من الجراحات الثلاثة ، فإنه يسقط بجرح

الأول درهم ، ويجرح الثاني درهمان ، ويكون على الثالث ثلاثة دراهم ، وما بقي من القيمة وهو أربعة يتقسط على الجراحات الثلاثة بالسوية ؛ لأن الروح خرجت بسراية جميعها ، فسقط في مقابلة الأول للأول درهمان وثلث بالجراحة والسراية ، وسقط في مقابلة جرح الثاني وهو المثبت له ثلاثة وثلث بالجراحة والسراية ، ولزم الجاني وهو الثالث أربعة وثلث بالجراحة والسراية ، وهذا تخريج صحيح يمكن حمل كلام الخرقي عليه ، وأما إن أثبته الأول ولم يوجه وأوجاه التالي في الحلق واللبة حل أكله ؛ لأنه أوقع الذكاة في الحلق واللبة وعليه ما نقص بالذبح الأول كرجل ذبح شاه الغير حل أكلها على المنصوص في المذهب ، وعليه مانقص بالذبح ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : « ومن كان في سفينة ، فوثبت سمكة ، فسقطت في حجره ، فهي له دون صاحب السفينة » ، فلهذا كانت له . وكونه في سفينته لا يوجب أن تكون ملكاً له ، ألا ترى أن رجلاً لو كان في دار رجل ومعه كيس فادعاه صاحب الدار وأنكر صاحب الكيس فالقول قوله ، ولا يجعل كونه في دار غيره يداً لصاحب الدار، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (ولا يصاد السمك بشيء نجس) ، وذلك لأنه يؤدي إلى تنجيس السمك ؛ لأنه يحصل علفه بالنجاسة ، وما أكل النجاسة لا يباح أكله حتى يمضى عليه زمان يتحلل منه ذلك الطعام النجس ، وأصل ذلك لحوم الجلالات وسائر الحيوانات لا يباح أكلها لنهي النبي ﷺ عن أكلها وشرب ألبانها[1] .

---

(١) رواه أبو داود في الأطعمة (٣٧٨٥) ، والترمذي في الأطعمة (١٨٢٤) ، وابن ماجة في الذبائح (٣١٨٩) . قال الألباني : صحيح .

مسألة : قال : (ولا يؤكل صيد مرتد ولا ذبيحته ، وإن تدين بدين أهل الكتاب)

وقد تقدم شرح هذه المسألة في كتاب المرتد، ودللنا عليه بقوله تعالى : ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾[المائدة: ٥] فخص الإباحة بطعام أهل الكتاب ؛ لأن المجوس أحسن حالاً من المرتد ؛ لأنهم يقرون على دينهم ببذل الجزية ، فلا يباح أكل ذبائحهم ، فالمرتد أولى أن لا يباح أكل ذبيحته .

مسألة : قال : (ومن ترك التسمية على الصيد عامداً ، أو ساهياً ، لم يؤكل ، وإن ترك التسمية على الذبيحة ساهياً أكلت) ، والفرق بينهما : أن الذبيحة قد وقعت الذكاة في محلها ، والصيد ذكاته في غير محلها ، فهو أضعف بالذكاة ، فجاز أن يشترط فيه التسمية بكل حال لقوتها ، ويفرق بين السّهو والعمد في الذبيحة بوقوعها في موضعها .

مسألة : قال : (وإذا ندّ بعيره فلم يقدر عليه ، فرماه بسهم أو نحوه مما يسيل به دمه ، فقتله ، أكل ، وكذلك إن تردى في بئر، فلم يقدر على تذكيته ، فجرحه في أي موضع قدر عليه ، فقتله أكل إلا أن يكون رأسه في الماء ، فلا يجوز أكله ؛ لأن الماء يعين على قتله)

خلافاً لمالك في قوله : ذكاة ما ند من الحيوان الأهلي في الحلق واللبة لا غير .

دليلنا : قوله النبي ﷺ: «انهر الدم بما شئت واذكر اسم الله عليه وكل»[1].

---

(١) رواه أبو داود بنحوه في الأضاحي (٢٨٢٤) . قال الألباني : صحيح .

وروى رافع بن خديج أن بعيراً ندّ فرماه رجل بسهم فحبسه ، فقال النبي ﷺ: « إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما ند منها فاصنعوا به هكذا »[1]، ولأنه حيوان غير مقدور على ذكاته فكانت ذكاته بالعقر ، كالوحش من أصله ؛ ولأن الوحش ذكاته بالعقر ، ثم إذا تأنس وقدر عليه تعين حكم ذكاته في الحلق واللبة بحصول القدرة عليه ، كذلك الإنسي إذا توحش بعد استئناسه خرج عن أن يكون مقدورًا عليه ، فوجب أن يغير حكم ذكاته .

مسألة : قال : (والمسلم والكتابي في كل ماوصفت سواء) يعني في جواز صيده وذبيحته ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ﴾ [المائدة : ٥] فأباح طعامهم وذبائحهم في طعامهم ؛ ولأن لهم كتاباً فأشبهوا المسلم.

مسألة : قال : (ولا يؤكل ما قتل بالبندق والحجر ؛ لأنه موقوذ) وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمَوْقُوذَةُ ﴾ وهي المضروبة بالحجر أو بالعصي حتى تموت، كذلك البندق مثله . وأيضاً حديث عدي بن أبي حاتم في المعراض قال له النبي ﷺ : « إذا قتل بحده فكل ، وإن قتل بعرضه فلا تأكل ، فإنه وقيذ»[2].

ولأن الذكاة بحسب القدرة على ما فصلناه ، والاحتراز من البندقة يمكن ؛ لأنه يمكنه أن يرمي بالنشاب ، فلما أمكن الاحتراز منه اعتبرناه ما لم يمكن الاحتراز منه ، وهو ما جرح بحده ، فإن وجوده شرط .

---

(١) رواه البخاري في الشركة (٢٣٧٢) ، ومسلم في الأضاحي (١٩٦٨) .

(٢) سبق تخريجه .

مسألة : قال : (ولا يؤكل صيد مجوسي إلا ما كان من حوتٍ ، فإنه لا ذكاة له) ، أما الصيد الذي يفتقر إلى الذكاة فلا يباح أكله إذا صاده المجوسي ؛ لما تقدم في قوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ﴾ [المائدة : ٥] . فأباح طعام أهل الكتاب ، والمجوسي ليس من أهل الكتاب ، والمراد بالطعام هاهنا الذكاة .

وأيضاً روى أحمد - رحمه الله - حدثنا وكيع ، عن سفيان ، عن أبي إسحاق ، عن قيس بن سكن الأسدي ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إنكم نزلتم بفارس والنبط ، فإذا اشتريتم لحماً فإن كان ذبيحة يهودي أو نصراني فكلوا ، وإن كان ذبيحة مجوسي فلا تأكلوا »[1] فحرم ذكاة المجوسي .

وأما ما لا يفتقر إلى ذكاة وهو السمك فمباح أكله ؛ لما روى ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : كل من صيد البحر صاده يهودي أو نصراني أو مجوسي[2] .

ولأن أكثر ما فيه أن يصير ميتة ، وهو لو مات حتف أنفه أكل ، كذلك ههنا.

وكل ما كان موته ذكاته لم يعتبر فيه صفة المذكي ، كالجراد .

مسألة : قال : (وكذلك كل ما مات من الحيتان في الماء ، وإن طفا) يعني أنه يباح أكله ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يؤكل .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ﴾[المائدة : ٩٦] قال

---

(١) لم أقف على موضعه .

(٢) علقه البخاري في الذبائح والصيد ، ورواه البيهقي (٩/ ٢٥٣) موصولاً .

ابن عباس : صيد البحر وطعامه لو مات فيه[1] . وفي معنى هذا قول النبي ﷺ : «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»[2]، وقول أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - : كل دابة ماتت في البحر ، فقد ذكاها الله لكم[3] .

ولأن كل حيوان لو مات بسبب أكل ، فإذا مات بغير سبب أكل ، كالجراد .

مسألة : قال : (وذكاة المقدور عليه من الصيد والأنعام في الحلق واللبة)، وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «الذكاة في الحلق واللبة»[4]. وهذا نص .

مسألة : قال : (ويستحب أن ينحر البعير ويذبح ما سواه [من الأنعام] ، فإن ذبح ما ينحر ، ونحر ما يذبح فجائز) . إنما كان المستحب كذلك ؛ لقوله تعالى ﴿ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ﴾ [الكوثر: ٢]، وقال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً ﴾ [البقرة : ٦٧] قال مجاهد : أمرنا بالنحر ، وأمر بني إسرائيل بالذبح . وهذا كما قال مجاهد فإن النبي ﷺ بعث في قوم ماشيتهم الإبل ، فسن النحر، وكانت بنو إسرائيل مواشيهم البقر ، فسن لهم الذبح ، والدلالة على أنه إذا نحر ما يذبح أجزأه ما روى جابر قال: حضرنا مع رسول الله ﷺ بالحديبية ، فنحرنا البدنة عن سبعة ، والبقرة عن سبعة .

والدليل على أنه إذا ذبح ما نحر يجزئه ، خلافاً لمالك في قوله : لا يجزئ

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٠١٢٥) بنحوه .

(٢) رواه أبو داود في الطهارة (٨٣) ، والترمذي في الطهارة (٦٩) ، والنسائي في الطهارة (٥٩) . قال الألباني : صحيح .

(٣) رواه البيهقي (٩/ ٢٥٢) .

(٤) رواه الدارقطني (٣/ ٢٨٣) .

إلا النحر: هو أن كل ما كان ذكاة لبعض الحيوان كان ذكاة في جميعه، كالنحر، ولأنه حيوان يحل بالنحر، فوجب أن يحل بالذبح، كالبقر والغنم.

مسألة: قال: (وإذا ذبح فأتى على المقاتل، فلم تخرج الروح حتى وقعت في الماء، أو وطئ عليها شيء، لم تؤكل) . خلافاً لأكثرهم في قولهم: تؤكل.

وقد تقدم شرح هذه المسألة في الرمية إذا كانت موجبة فتردى في ماء أنه لا يؤكل، وذكرنا قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ ﴾ وهذا عام وحديث عدي قال له: «إذا وقعت رميتك في ماء فغرقت فلا تأكل»[1] .

ولأنه مذبوح وقع في ماء قبل خروج روحه، فلم يبح أكله، كما لو لم يستوف الذبح، ولم تكن الرمية موجبة.

مسألة: قال: (وإذا ذبحها من قفاها وهو مخطئ، فأتت السكين على موضع الذبح، وهي في الحياة، أكلت) أما إذا ذبحها عامداً من القفا فلا يباح أكلها؛ لأن الروح خرجت من فعلين مباح ومحظور، فلا تباح، كما لو جرحها وذبحها؛ لأن الأصل الحظر، وأما إن كان مخطئاً، وهو إن ذبحها في الحلق فالتوت عليه الذبيحة، فأتت المسكين على القفا، وهو موضع الذكاة، فإنه يباح؛ لأنها إذا التوت لم يكن من المذكي ما أوجب بغير محل الذكاة، فصار كالإبل إذا ندت أن محل الذكاة حيث قدر عليه منها، ويفارق هذا أحمد من الوجه الذي ذكرنا.

مسألة: قال: (وإذا ذبح الشاة وفي بطنها جنين أكلت، فإن ذكاتها ذكاة جنينها أشعر أو لم يشعر) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يحل أكل الجنين إلا

---

(١) سبق تخريجه.

إذا خرج حياً فيذكى .

وخلافاً لمالك في قوله : إن كان قد أشعر فذكاته ذكاة أمة ، وإن لم يكن قد أشعر فلا يباح أكله .

دليلنا على أبي حنيفة : ما رو أبو سعيد الخدري قال : قيل : يا رسول الله إن أحدنا ينحر الناقة ويذبح الشاة والبقرة ، فيخرج من جوفها جنيناً ، أيلقيه أم يأكله ؟ قال : « كلوه إن شئتم، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه »[1] وهذا الخبر خاص في الجنين إذا خرج ميتاً ؛ لأنهم قالوا : أيليقه أم يأكله ، ولا يقال نلقيه إلا الميت ، وقد أباح النبي ﷺ أكله لهم ، وعندهم أنه محرم.

ويدل عليه ما روى جابر بن عبدالله[2] وأبو هريرة[3] أن النبي ﷺ حمل الجنين على أمه في الذكاة ، وأقام ذكاتها مقام ذكاته ، وجعلها نائبة عنه ، فإذا وجدت الذكاة في الأم نابت عن ذكاة الجنين ؛ لأن الجنين تابع للأم في البيع ، وكل ما يتبع أصله في البيع جاز أن يتبعه في الذكاة كالأعضاء .

ولأن الجنين إذا خرج ميتًا بسبب خروج روحه ذبح الأم وذلك ذبح مباح ، وكل حيوان كان سبب خروج روحه ذبح مباح حل أكله ، كالأم ؛ لأن الذكاة في الحيوان تختلف على حسب الإمكان فيه والقدرة ، بدلالة أن الحيوان المقدور على ذكاته في الحلق واللبة لإمكان القدرة على ذلك ، والممتنع من الصيد والحيوان الواقعة في البئر لما تعذرت ذكاته في الحلق واللبة كانت

---

(١) رواه أبو داود في الأضاحي (٢٨٢٧) . قال الألباني : صحيح .

(٢) رواه أبو داود في الأضاحي (٢٨٢٨) . قال الألباني : صحيح .

(٣) رواه الدارقطني (٤/ ٢٤٧) .

ذكاته بالعقر، وكذلك الجنين لا يمكن التوصّل إلى ذبحه ولا إلى عقره فلم يشترط ذلك في إباحته، وجعلت ذكاة الأم ذكاة له، والدلالة على ذلك: إطلاق قول النبي ﷺ «ذكاة الجنين ذكاة أمه»، ولم يفرق بين أن يكون قد أشعر أو لم يشعر؛ ولأن سبب خروج روحه ذبح الأم، فيجب أن يكون ذلك ذكاة له، دليله: لو أشعر.

مسألة: قال: (ولا يقطع عضوًا مما ذكي حتى تزهق نفسه) وذلك لما روي عن عمر - رضي الله عنه - قال في الذكاة: ذروها حتى تزهق الأنفس[١].

وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال في الذكاة: ذروها حتى تزهق الأنفس[٢].

ولأنه لو قطع عضواً منها قبل أن تزهق نفسها كان فيه تعذيب لها، وقد نهى النبي ﷺ عن إيلام الحيوان[٣]، فلهذا لم يجز قطعه.

مسألة: قال: (وذبيحة من أطاق الذبح من المسلمين ومن أهل الكتاب حلال، إذا سموا، أو نسوا التسمية، فإن كان أخرس أومأ إلى السماء، وإن كان جنباً، جاز أن يسمي ويذبح).

أما قوله: (ذبيحة من أطاق الذبح) معناه: أنه إذا كان ممن لا يطيق، وهو الصبي الضعيف والمجنون، لا تجوز ذكاته؛ لأنه لا يعرف محل الذبح، فربما قطع غير موضع الحاجة؛ ولأن الصبي الطفل والمجنون لا قصد لهم عندنا

---

(١) رواه عبد الرزاق (٨٦١٤)، وابن أبي شيبة (١٠١٩٢) بنحوه.

(٢) لم أجده.

(٣) من ذلك ما رواه مسلم في الصيد والذبائح (١٩٥٥).

معتبر في الذكاة، بدليل أنه لا يعتبر في الذكاة قوم دون قوم، فلا تجوز ذكاة المجوسي والوثني، وما لا يعتبر فيه القصد لا يعتبر فيه شخص بعينه لفقد قصد مرسله .

وقوله : (من المسلمين ومن أهل الكتاب حلال) فقد تقدم شرح هذه المسألة ، ودللنا على أن ذكاة أهل الكتاب حلال . لقوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ﴾ [المائدة : ٥] والمراد به الذكاة ، فظاهر الآية يقتضي تحريم ذكاة ما سواهم من المجوس وعبدة الأوثان ؛ لأنه خص أهل الكتاب ، وذكرنا حديث الأسدي ، وقول النبي ﷺ : « إنكم نزلتم بأرض فارس والنبط ، فإذا اشتريتم لحماً فإن كان ذبحه يهودي أو نصراني فكلوا ، وإن كان ذبيحة مجوسي فلا تأكلوا»[1] فأباح ذبيحة أهل الكتاب وحرم غيرها.

وقوله : (إذا سموا أو نسوا التسمية) وقد تقدم الكلام عليه أيضاً ، وذكرنا أن التسمية على الذبيحة واجبة وتسقط بالسهو ، وهو معتبر في حق كل ذابح مسلماً كان أو كتابياً بعموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ [الأنعام : ١٢١] .

ولأنها ذكاة فكان من شرطها التسمية ، دليله : المسلم .

فإن كان أخرس أومأ إلى السماء برأسه ليعلم أنه ذكر الله تعالى ، وفي معنى هذا ما روى أبوهريرة عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه بجارية أعجمية فقال : يا رسول الله عليّ رقبة مؤمنة . فقال لها النبي ﷺ : « أين الله » ؟ فأشارت بيدها

---

(١) سبق تخريجه .

إلى السماء . فقال : « أعتقها فإنها مؤمنة »[1]. فالنبي ﷺ حكم بإسلامها بإشارتها إلى السماء بالتوحيد ، وجعله على ذلك علمًا ، كذلك ههنا يكون إيماء الأخرس إلى السماء دلالة على تسميته ، وإن كان جنبًا ذكر التسمية بلسانه ؛ ولأن التسمية ذكر ، والجنب لا يمنع من ذكر ليس بقرآن ، قال النبي ﷺ : « لا يمنع الجنب من أربع : سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله ، والله أكبر »[2] ؛ ولأن الجنابة ليس بأعظم من الكفر بالله تعالى ، وقد ذكرنا أن الكافر يسمي الله على ذبيحته .

مسألة : قال : (والمحرم من الحيوان ما نص الله تعالى على تحريمه ، وما كانت العرب تسميه طيبًا فهو حلال ، وما كانت العرب تسميه خبيثًا فهو محرم) لقوله عز وجل ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ ﴾ [سورة الأعراف : ١٥٧] ؛ ولسنة رسول الله ﷺ والحُمُر الأهلية.

شرح هذه المسألة : إنما هو ما يحل أكله من الحيوان ، وما لا يحل أكله يرجع في معرفته إلى الشرع ، فما أباحه الشرع فهو مباح ، وما حظره فهو محظور ، وما لم يكن له في الشرع ذكر كان المرجع فيه إلى العرب وعاداتهم ، فما استطابوه فهو طيب حلال ، وما استخبثوه فهو حرام ، فإن لم يكن له في الشرع ذكر ، ولا عند العرب ذكر رد إلى أقرب الأشياء به شبهًا ، فإن كان بالمستطاب أشبه ألحقناه به . والدلالة على هذه الجملة : قوله تعالى : ﴿ يَسۡـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمۡۖ قُلۡ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ﴾ [سورة المائدة: ٤] ، وقال تعالى :

(١) رواه مسلم في المساجد (٥٣٧) بنحوه .

(٢) رواه الدرامي في سننه (١٠٠٠) بنحوه .

﴿ ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِيَّ ٱلْأُمِّيَّ ٱلَّذِى يَجِدُونَهُۥ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِى ٱلتَّوْرَىٰةِ وَٱلْإِنجِيلِ ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ثم قال: ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

فوجه الدلالة: هو أن القوم سألوه عما يحل لهم، فقال: أحل لكم الطيبات، والطيب يقع على أربعة أشياء: فالطيب الحلال، قال تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلرُّسُلُ كُلُوا۟ مِنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ ﴾ [المؤمنون: ٥١] يعني الحلال.

ويقع على الطاهر، قال تعالى ﴿ فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا ﴾ [المائدة: ٦] يعني طاهرًا.

ويقع على ما لا أذى فيه، وهو اليوم الذي لا حر فيه ولا برد، يقال: هذا يوم طيب، ومكان طيب.

ويقع على ما يستطاب من المأكول، يقال: هذا طعام طيب ما تستطيبه النفس، ولا ينفر الطبع عنه. فبطل أن يكون المراد به الحلال؛ لأنهم سألوه عن الحلال، ليتبين لهم، فلا يصح بأن نقول لهم: الحلال هو الحلال، والقوم ما عرفوه، وبطل أن يريد به الطاهر؛ لأن الطاهر هو إنما يعرف شرعاً، وبطل أن يكون المراد به ما لا أذى فيه؛ لأن المأكول لا يوصف به فلم يبق إلا أن المراد به ردهم إلى ما يستطيبونه ولا يستخبثونه ثبت أنه ردهم إلى عرفهم وعاداتهم، والمراد بالعرف والعادة عرف أهل المروة والغنى والمكنة الذين كانوا في القرى والأمصار على عهد رسول الله ﷺ حال الاختيار دون ما كان من أهل البوادي وجفاة العرب التي تأكل ما دبّ وما درج؛ لأن هؤلاء أهل حاجة إلى أكل ذلك، سئل بعض العرب: ما تأكلون؟ فقال: كل ما دب ودرج

إلا أم حبين ، فقال بعضهم : ليهن أم حبين العافية ، تأمن من أن تطلب وتذبح وتؤكل ، وأم حبين الخنافس الكبار .

مسألة : قال : (وكل ذي ناب من السباع ، وهي التي تضرب بأنيابها الشيء وتفرس ، وذي مخلب من الطير ، وهي التي تعلق بمخاليبها ، وتصيد بها).

أما ذو ناب من السباع فهو مثل الأسد والنمر والذئب والفهد فهو محرّم الأكل بلا خلاف ؛ لما روى أبو ثعلبة الخشني « أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير »[1] .

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « كل ذي ناب من السباع حرام»[2] .

وروى خالد بن الوليد قال : غزوت مع رسول الله ﷺ فرأيت اليهود تشكو أن الناس قد انتزعوا حظائرهم ، فقال النبي ﷺ : « لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها ، وحرام عليكم الحمر الأهلية ، وكل ذي ناب من السباع ، وكل ذي مخلب من الطير »[3] فدلّ على تحريمه .

وأما ذو المخلب من الطير فهو الذي يقتل بمخاليبه كالبازي والصقر والعقاب والباشق والشاهين ونحوها أكله حرام، خلافاً لمالك في قوله: مباح.

دليلنا : ما روي ابن عباس « أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير »[4] وحديث خالد بن الوليد ، وقد تقدم لفظه ، فدلّ

---

(١) رواه البخاري في الذبائح (٥٢١٠) ، ومسلم في الصيد (١٩٣٢) .

(٢) رواه مسلم في الصيد (١٩٣٣) .

(٣) رواه أبو داود في الأطعمة (٣٨٠٦) . قال الألباني : ضعيف .

(٤) رواه مسلم في الصيد (١٩٣٤) .

على تحريمها .

مسألة : قال : (ومن اضطر إلى الميتة فلا يأكل منها إلا ما يأمن معه الموت). وقد روي عن أحمد - رحمه الله - رواية أخرى: أن له أن يشبع منها، وللشافعي - رحمه الله - قولان :

وجه ما نقله الخرقي : أن الإباحة معلقة بشرط الضرورة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِ ﴾[الأنعام : ١١٩] فإذا أكل منها ما يمسك رمقه زالت الضرورة ، فوجب أن تزول الإباحة ؛ لعدم شرط الإباحة ؛ ولأن لفظ التحريم في الآيات عام وإنما استثني منه بقدر ما اضطر إليه ، فيجب أن يكون ما عدا الاستثناء محرماً بالعموم ؛ ولأن خوف التلف على نفسه معدوم في هذه الحال ، فلا يجوز أن يأكل منها ، أصله لو عدم الخوف حال الابتداء ؛ ولأنه لو عدمت الضرورة إليها في الابتداء لم يجز تناولها ، فإذا عُدمت في الثاني وجب أن تجوز ، كما لو وجد طعاماً مباحاً بعد تناول شيء منها كاللقمة واللقمتين .

ولأن الحكم إذا تعلق بمعنى فزال ذلك المعنى فإنه يوجب بزوال الحكم ما لم يخلفه معنى آخر .

ووجه الثانية : ما روى عن النبي ﷺ قال : « الميتة حلال لكم ما لم تصطبحوا أو تغتبقوا الخبز »[1] فأباحها على الإطلاق ما لم يوجد صبوحاً أو غبوقاً .

وروي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال : نفق بعيري يا رسول الله وبي إليه

(١) رواه أحمد (٥/ ٢١٨) بنحوه .

حاجة أفأكله ؟ فقال : « نعم ، كُل »[1] ولم يفرق .

ولأن كل ما جاز أكل سد الرمق منه جاز الشبع منه كالطعام المباح ، ولأن أكل الميتة إنما أبيح للمضطر ليعود إلى حاله المتقدمة فيقوى على المشي والتصرف ، فله أن يأكل منها حتى يشبع .

مسألة : قال : (ومن مر بثمرة ، فله أن يأكل منها ولا يحمل ، فإن كان عليها حائط فلا يدخل إلا بإذن) خلافاً لأكثرهم : لا يجوز الأكل إلا بإذن ، فإن أكل فعليه الضمان .

دليلنا : ما روى أبوسعيد الخدري عن النبي ﷺ قال : « إذا أتيت على حائط بستان فناد صاحب البستان ثلاثاً ، فإن أجابك وإلا فكل من غير أن تفسد »[2] ، فأباحه الأكل من غير إذن منه .

وروي عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده عبدالله بن عمرو ، عن النبي ﷺ أنه سئل عن الثمر المعلق فقال : « ما أصاب منه بفية ذو الحاجة غير متخذ منه خبنة فلا شيء عليه ، ومن أخرج منه شيئاً فعليه غرامة مثليه والعقوبة »[3] ففي هذا دليل على أن له الأكل من غير إذن، ودلالة على أنه لا يأخذ معه شيئاً.

ولأنه لما أبيح لرب الثمار أن يأكلوا منها ، وسقط عنهم الزكاة فيما أكلوا ، كذلك ههنا ، فنقول : تعلق حق الغير بالثمار المعلقة لا يمنع الأكل منها ولا ضمان ، كذلك ههنا . وقد دل على ذلك الأصل ما روي عن النبي ﷺ أنه قال:

---

(١)

(٢) رواه ابن ماجة في التجارات (٢٣٠٠) ، وأحمد (٣/ ٢١ ، ٨٥) . قال الألباني : صحيح .

(٣) رواه أبوداود في اللقطة (١٧١٠)، والنسائي في قطع السارق (٤٩٥٨). قال الألباني: حسن.

«إذا خرصتم فدعوا ما يأكلون»[1] ونقل «فدعوا لهم الثلث أو الربع»[2].

وأما إذا كان عليها حائط فإنما لم يبح له الأكل منها إلا بإذن صاحبها ؛ لأن القياس هكذا يقتضي إذا لم يكن عليها حائط أن لا يجوز الأكل منها بغير إذن، لكن تركناه في ذلك الموضع للأثر، والأثر وارد في بستان لا حائط له ؛ لأن هذا الكلام خرج على حال أهل الحجاز ولم تكن على بساتينهم حيطان، ولهذا قال : «لا يقطع في ثمر ولا كثر»[3]، وإنما قال ذلك؛ لأنه لا حائط عليها؛ لأنه إذا لم يكن عليها حائط فالظاهر حصول الإذن من صاحبها، كما لو ألقى في الطريق تمرة أو لقمة .

ولأنه إذا لم يكن عليها حائط فالظاهر أن صاحبه تركه ليقتدي بالأثر، فكأنه قد أذن في الأكل منه، وإذا أحاط عليها حائطاً فلم يقصد إباحته، فلم يبح .

مسألة : قال : (ومن اضطر فأصاب الميتة وخبزًا لا يعرف مالكه أكل الميتة)؛ وذلك لأن ترك أكل الميتة إخلال لحق الآدمي، فكان الإقدام على حق الله تعالى أولى ؛ لأنه مبني على المسامحة والمساهلة، وحق الآدمي على الشح والمضايقة، فكان الأسهل أولى ؛ ولأنه إذا أكل من الميتة كان بريء الذمة، وإذا أكل طعام الغير تعلق البدل بذمته، فكان بغير بدل أسهل عليه ؛ ولأن الميتة حلّت للمضطر نصاً، وطعام الغير بالاجتهاد، فكان ما ثبت بالنص

---

(١) رواه الحاكم (١/ ٤٠٤)، والبيهقي (٤/ ١٢٤) موقوفًا عن عمر .

(٢) رواه أبوداود في الزكاة (١١٨)، والترمذي في الزكاة (٦٤٣)، والنسائي في الزكاة (٢٤٩١). قال الألباني : ضعيف .

(٣) رواه أبو داود في الحدود (٤٣٨٨)، والترمذي في الحدود (١٤٤٩)، والنسائي في قطع السارق (٤٩٠٦). قال الألباني : صحيح .

مقدماً على ما ثبت بالاجتهاد .

مسألة : (ومن لم يصب إلا طعاماً لم يبعه مالكه ، أخذه قهرًا ليحيي به نفسه وأعطاه ثمنه ، إلا أن يكون بصاحبه مثل ضرورته) إنما كان له أخذه منه قهراً لقول النبي ﷺ : « من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله »[1] . فإذا كان الوعيد قد لحق بالمعاونة على قتله بشطر كلمة فبأن يلحقه الوعيد لمنعه ما يعيش به أولى .

ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان ، ثم ثبت أن عليه بذل منافعه ليخلصه من الهلاك ، وهو إذا رآه يغرق أو يهلك فعليه أن يخلصه ، فإن كان عليه بذل منافعه لخلاصه ، كذلك بذل أعيان المال لخلاصه .

والدلالة على أن عليه ثمنه لمالكه إن كان موجوداً وإلا تعلق بذمته متى وجد دفع إليه ، خلافاً لمن قال : يلزمه دفعه بغير عوض إذا لم يكن معه عوض في الحال ولا يتعلق بذمته الأخذ شيء هو : أن الذمة تجري مجرى الأعيان ، بدليل أنه يشتري بعين ماله ويبيع ماله كما يبيع ويشتري في الذمة ، ثم ثبت أنه لو وجد عين المال لم يجب البذل لإزالة الضرر ، وإذا كان بغير عوض كان البذل لضرر ، والضرر لا يزال بالضرر ؛ ولأنه لو اضطر إلى أكل صيد وهو محرم أو محل في الحرم فقتله ثم أكل كان عليه الفداء ، فإذا كان عليه البذل فيما أتلفه لإحياء نفسه في حق الله تعالى فإن يجب عليه في حق الآدمي أولى ، فأما إذا كان بصاحبه مثل ضرورته فلا يلزمه بذله له ؛ لأنا لو ألزمناه البذل لإزالة الضرر عنه بإدخال الضرر على غيره وجب أن لا يزال به ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر .

---

(١) رواه ابن ماجة في الديات (٢٦٢٠) . قال الألباني : ضعيف جدًا .

مسألة : قال : (ولا بأس بأكل الضب والضبع) .

أما الضب فمباح ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : هو مباح مكروه .

دليلنا ما روى خالد بن الوليد قال: دخلت مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة ، فقدم إلى النبي ﷺ ضب محنوذ ، يعني مشويًا ، فأهوى إليه ليأخذه ، فقالت امرأة من النسوة اللاتي في البيت : أعلموا النبي ﷺ ما الذي يريد أن يأكل ؟ فقالوا : يا رسول الله إنه ضب ، فرفع يده فلم يأكل ، فقلت : يا رسول الله أحرامٌ هو ؟ فقال : « لا إلا أنه لم يكن بأرض قومي ، فأجدني أعافه » فاجتررته من بين يديه فأكلته وهو ينظر إليّ[1] ، ولو كان مكروهاً لمنعه من أكله .

وروي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - سئل عن الضب ، فقال : لم يأكله النبي ﷺ ولم ينه عنه ، ولو وجدناه لأكلناه[2] ، ولا مخالف له .

وأما الضبع فمباح أيضاً ، خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهما : لا يباح .

دليلنا : ما روى جابر وعبدالرحمن بن سمرة أن النبي ﷺ قال : « الضبع صيد يؤكل ، وفيه كبش إذا أصابه المحرم »[3] .

وروى ابن عمر[4] وابن عباس[5] - رضي الله عنهما - قالا : الضبع حلال .

وقال أبوهريرة : في الضبع : شاة من الضأن[6] .

---

(١) رواه البخاري في الأطعمة (٥٠٧٦) ، ومسلم في الصيد (١٩٤٥) .

(٢) رواه الطبري في تهذيب الآثار (٢٣٣) بنحوه .

(٣) رواه أبو داود في الأطعمة (٣٨٠١) عن جابر . قال الألباني : صحيح .

(٤) رواه عبد الرزاق (٨٦٨٣) ، وابن أبي شيبة (٢٤٧٧٢) بمعناه .

(٥) رواه عبد الرزاق (٨٦٨٥) بمعناه .

(٦) رواه ابن أبي شيبة (٢٤٧٧٤) بنحوه .

وقال أبو سعيد : الضبع أحب إليّ من دجاجة سمينة[1].

ولأنه حيوان متمخض من جنسه يجب الجزاء بقتله ، فكان مأكولاً ، دليله : الغزال ، ولا يلزم عليه السِّمْع ؛ لأنه غير متمخض من جنسه ، وأنه متولد بين الذئب والضبع .

مسألة : قال : (ولا يؤكل الترياق[2] ؛ لأنه يقع فيه لحوم الحيات) خلافاً لمالك في قوله : لحومها مباح حلال .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وهذه من الخبائث ، فكانت محرمة .

وروى ابن عمر عن حفصة عن النبي ﷺ أنه قال : « خمس لا حرج على من قتلهن في حل ولا حرم : الحية ، والعقرب ، والغراب ، والحدأة ، والكلب العقور »[3] فلما أباح قتلهن ولم يوجب في ذلك الجزاء ثبت أنه هو محرم ؛ لأن ما هو مباح الأكل من الصيود يمنع المحرم من قتله في الحل ، ويمنع المحل من قتله في الحرم .

مسألة : قال : (ولا يؤكل الصيد إذا رمي بسهم مسموم ، إذا علم أن السم أعان على قتله) ؛ وذلك لأنه إذا أعان السم على قتله فقد خرجت روحه من فعلين بمباح ومحظور ، فلا يباح ، كما لو ذبحها وجرحها فإنه لا يباح ، كذلك ههنا .

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٤٧٧٩) .

(٢) الترياق : دواء يتعالج به من السم ، ويجعل فيه من لحوم الحيات ، فلا يباح أكله ولا شربه ؛ لأن لحوم الحية حرام . « المغني » (١٣/ ٣٤٢) .

(٣) رواه البخاري في الحج (١٧٣١) ، ومسلم في الحج (١٢٠٠) .

مسألة : قال : (وما كان مأواه البحر وهو يعيش في البر ، لم يؤكل إذا مات في بر أو بحر) وذلك مثل طيور الماء والبط والأوز ، والدلالة على أنه لا يباح ميته : قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ﴾[المائدة : ٤] ؛ ولأنه حيوان يعيش في البر ، فإذا كانت له نفس سائلة لم يجز أكله إذا مات حتف أنفه ، دليله : البقر والغنم ، ولا يلزم عليه الجراد ؛ لأنه لا نفس له سائلة .

مسألة : قال : (وإذا وقعت النجاسة في مائع ، كالدهن وما أشبهه ، نجس واستصبح به إن أحب ، ولا يحل أكله ولا ثمنه) وجملته أن سائر المائعات ينجس إذا وقعت النجاسة فيها ، خلافاً لداود في قوله : إن وقعت في السمن نجس ولا يجوز الانتفاع به ، وإن وقعت في غير السمن من المائعات جاز أكله ولم ينجس .

دليلنا : ما روى أبو سعيد أن النبي ﷺ سئل عن الفأرة تقع في السمن والزيت ، فقال : « استصحبوا به ولا تأكلوه »(١). فوجه الدلالة : أن النبي ﷺ سوى بين السمن والزيت في باب المنع من الأكل ، وهو يفصل بينهما .

وقوله : « واستصبح به إن أحب » خلافاً لمن منع منه ، والدلالة على جواز الاستصباح به : ما روى الزهري ، عن سالم ، عن أبيه أن النبي ﷺ سئل عن الفأرة تقع في السمن والودك ، فقال : « إن كان جامداً فاطرحوها وما حولها ، وإن كان مائعًا فانتفعوا به ولا تأكلوه »(٢) فأباح الانتفاع به من غير أكل ، وليس غير الاستصباح ، وكذلك في حديث أبي سعيد الذي تقدم ؛ ولأنه إجماع

---

(١) رواه الدارقطني (٤/ ٢٩٢) ، والبيهقي (٩/ ٣٥٤).

(٢) رواه الدارقطني (٤/ ٢٩١) ، والبيهقي (٩/ ٣٥٤) .

الصحابة ، روي عن علي في السمن يقع فيه الفأرة لا تأكلوه وانتفعوا به في السراج والأدم [١] .

وعن ابن عمر : ينتفع به في السراج ويدهن به الأديم [٢] .

ولأنه لا خلاف أن له إراقته والاستصباح أولى ؛ لأن فيه إراقة له .

وقوله: « ولم يحل أكله » ؛ لأنا حكمنا بنجاسته في حديث أبي سعيد وحديث سالم عن أبيه .

وقوله : « ولم يحل ثمنه » خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تجوز ثمنه .

دليلنا قول النبي ﷺ : « إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » [٣] .

ولأنه مائع نجس ، فلا يجوز بيعه كاللبن ، والخل ، فإنه وافق على أن لا يجوز بيعه ، كذلك ههنا .

* * *

---

(١) لم أجده .

(٢) رواه البيهقي (٩/ ٣٥٤) ، وابن أبي شيبة (٢٤٨٨١) بنحوه .

(٣) رواه أحمد (١/ ٢٩٣) .

كتاب الأضاحي

الأصل في الأضاحي ما روى أنس بن مالك رضي الله عنه « أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أقرنين أملحين ، فكان يذبح ويسمي ، ويضع رجله على صفاحهما »[١] قال أبو عبيد: الأملح ما فيه بياض وسواد ، والسواد أغلب .

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : « أمر النبي ﷺ بكبش أبيض يطأ في سواد ، وينظر في سواد ، ويبرك في سواد ، فأتى به فأضجعه وذكاه ؛ وقال : بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد »[٢] قال أصحاب الحديث . « يطأ في سواد » معناه أكثره شحمه ولحمه يطأ في ظل نفسه وينظر فيها ويبرك فيها .

وقال أهل اللغة : معنى السواد في هذه المواضع : أي كان أسود اليدين والعينين والركبتين.

مسألة : قال : أبو القاسم رحمه الله : (والأضحية سنة لا يستحب تركها لمن يقدر عليها) خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهما : لا تجب بأصل الشرع ، إلا أن أبا حنيفة أوجبها على الغني الذي يملك نصاباً ، ولم يوجبها على المسافر ، ولا على الحاضر الذي لا يملك نصاباً ولا قيمته .

دليلنا : ما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « إذا دخل العشر وأراد

---

(١) رواه البخاري في الأضاحي (٥٢٣٨) ، ومسلم في الأضاحي (١٩٦٦) .

(٢) رواه مسلم في الأضاحي (١٩٦٧) .

أحدكم أن يضحي فلا يمسّ من شعره ولا بشـرته شيئاً »[١] فعلق الأضحية بالإرادة ، وما كان يجب بالشـرع لا يعلق بالإرادة .

وروى ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : « أمرت بالنحر ، وهو لكم سنة »[٢]. وفي خبر آخر « ثلاث عليّ فرض وعليكم تطوع : النحر والوتر وركعتا الفجر »[٣] .

ولأنها إراقة دم لا تجب على المسافر ، فلا تجب على الحاضر، كالعقيقة .

ولأن كل من لم يلزمه الأضحية إذا كان مسافراً لم يلزمه إذا كان حاضرًا كمن لم يملك نصاباً .

مسألة : قال : (ومن أراد أن يضحي ، فدخل العشر ، فلا يأخذ من شعره ، ولا بشرته شيئًا) . ظاهر ما عليه أصحابنا أنه ممنوع من ذلك منع تحريم ، وعندي أن ذلك محمول على طريق الكراهة ، وقد أومأ إليه أحمد رضي الله عنه ، وإنما كرهنا له ذلك لما روت أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي فلا يمس من شعره ولا من بشـرته شيئاً »[٤]. وأقل أحوال النهي الكراهية .

مسألة : قال : (وتجزئ البدنة عن سبعة ، وكذلك البقرة) لما روى جابر بن عبدالله أن النبي ﷺ قال : « البقرة عن سبعة والجزور عن سبعة »[٥].

---

(١) رواه مسلم في الأضاحي (١٩٧٧) .

(٢) رواه الدارقطني (٤/ ٢٨٢) ، (٤١) بلفظ : «ليس بواجب» .

(٣) رواه أحمد (٣/ ٢٣١) . وإسناده ضعيف .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) رواه أبوداود في الضحايا (٢٨٠٧) . قال الألباني : صحيح .

وروى جابر قال : « كنا في عهد رسول الله ﷺ نذبح البقرة عن سبعة »[١] .

وروى جابر قال : « أمرنا رسول الله ﷺ أن نشرك السبعة في البدنة ونحن مجتمعون عام الوداع »[٢] .

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : « نحر رسول الله ﷺ عن نسائه بدنة ونحن معتمرات »[٣] ومعناه متمتعات ؛ لأن المتمتع يأتي بالعمرة أولاً .

ولأن كل ما جاز للسبعة إخراجه من أهل بيت واحد، كذلك من بيوت شتى، كالسبعة من الغنم .

مسألة : قال : (ولا يجزئ إلا الجذع من الضأن والثني مما سواه) . أما الجذع من الضأن فيجزئ ، ولا يجزئ أقل منه ، خلافاً لابن عمر[٤] والزهري في قولهما : لا يجزئ الجذع في الضأن ، ولا يجزئ إلا الثني من كل شيء .

والدلالة على جواز الجذع من الضأن : ما روى زيد بن خالد الجهني قال : « قسم رسول الله ﷺ ضحايا ، فأعطاني جذعاً فرجعت به إليه ، فقلت : إنه جذع ، فقال : ضح به »[٥] .

وروى عقبة بن عامر الجهني قال : « كنا نضحي مع رسول الله ﷺ بالجذع من الضأن »[٦] .

---

(١) رواه أحمد (٣/ ٣٠٤) .

(٢) رواه مسلم في الحج (١٢١٣) بنحوه .

(٣) رواه مسلم في الحج (١٢١١) بنحوه .

(٤) رواه مالك في الموطأ (٢/ ٤٨٢) بمعناه ، ولم أجده بلفظه .

(٥) رواه أبو داود في الضحايا (٢٧٩٨) . قال الألباني : حسن صحيح .

(٦) رواه مسلم في الأضاحي (١٩٦٥) بمعناه.

وأما الثني من المعز والإبل والبقر فلا يجزئ أقل منه ، خلافاً لعطاء والأوزاعي في قولهما : لا يجزيء من كل شيء إلا من المعز .

ودليلنا : أنه لا يجزيء الجذع من غير الضأن : ما روي جابر قال : قال رسول الله ﷺ: «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن»[1] نهى عن ذبح غير المسنة من غير الضأن ، فثبت أنه لا تجزيء الجذعة من غير الضأن .

مسألة : قال : (والجذع من الضأن الذي له ستة أشهر ، ودخل في السابع ، وسمعت أبي رحمه الله يقول : سألت بعض أهل البادية : كيف يُعرف الضأن إذا أجذع ؟ قالوا : لا تزال الصوفة قائمة على ظهره ما دام حملاً ، فإذا نامت الصوفة علم أنه قد أجذع .

وثني المعز إذا تم له سنة ودخل في الثانية ، والبقرة إذا تم لها سنتان ودخلت في الثالثة ، والإبل إذا كمل لها خمس ودخلت في السادسة). الأصل في ذلك أن الشرع قد ورد بتسمية الجذع من الضأن واستحقاله في الضحايا ، ولم يرد ببيان بتحديد السن في الجذع والضأن ، فيجب أن يرجع في تحديد ذلك إلى أهل اللغة ، وقد حده أهل اللغة بالسن الذي ذكره الخرقي مثل أبي عبيد وابن قتيبة.

مسألة : قال : (ويجتنب في الضحايا العوراء البين عورها ، والعرجاء البين عرجها ، والمريضة التي لا يرجى برؤها ، والعجفاء التي لا تنقي ، والعضباء ، والعضب : ذهاب أكثر من نصف الأذن أو القرن والعمياء[2]) .

---

(١) رواه مسلم في الأضاحي (١٩٦٣) .

(٢) لفظة «العمياء» لم تذكر في متن مختصر الخرقي .

هذه ستة عيوب تمنع الإجزاء ، والدلالة على ذلك : ما روى البراء بن عازب قال : قام في فينا رسول الله ﷺ خطيباً وأصابعي أقصر من أصابعه ، وأناملي أقصر من أنامله ، فقال : « أربع لا تجوز في الضحايا : العوراء البيّن عورها، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين عرجها» وروي : «ضلعها ، والكبيرة التي لا تنقي في بعضها : والعجفاء التي لا تنقي»[1] .

وروى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه « أن النبي ﷺ نهى أني يضحى بعضباء القرن في الأذن »[2]. فهذه خمسة عيوب تمنع الإجزاء ، أربعة منها في حديث ، والخامس حديث علي رضي الله عنه ، والسادس وهي العمياء ، فتدخل في النهي ؛ لأنه بين عن العوراء ، والعمياء لا محالة داخله فيه ، ثم الكلام على كل واحد من هذه العيوب مفصل .

أما العوراء فلا تجوز للخبر ؛ ولأنها ناقصة عضو مستطاب ؛ ولأنها لا تستو في كمال العلف والرعي ، فإنها تبصر من جانب دون جانب .

وأما العمياء ، فلا تجزئ ؛ لأنها تزيد على العوراء في النقص .

وأما المريضة فالمراد بها الجرباء ، فمتى كانت جربة لم تجز ؛ للخبر ؛ ولأنه عيب يفسد اللحم .

فأما العرجاء فعلى ضربين : عرج بيّن ، وغير بيّن ، فإن كان عرجاً بيناً وهو الذي يضرها ويمنعها السير مع الغنم والمشاركة في طلب العلف فلا تجزئ ؛ للخبر ؛ ولأنه نقص في الثمن ، وإن كان عرجها غير مضر بها في السير

---

(١) رواه أبو داود في الضحايا (٢٨٠٢)، والنسائي في الضحايا (٤٣٨١). قال الألباني: صحيح .

(٢) رواه أبو داود في الضحايا (٢٨٠٥) . قال الألباني : ضعيف .

والعلف فلا يمنع ؛ لأنه لا يقدح في المقصود بها .

وأما العجفاء فهي الهزيلة الشديدة الهزال والكسيرة كذلك ، يعني عطبت وتكسرت .

وقوله « التي لا تنقي » هي التي لا مخ فيها ، فإن النقي المخ ، ولا تجزئ للخبر ؛ ولأنه عيبٌ يمنع المقصود .

وأما العضباء ، وهو ذهاب أكثر القرن أو الأذن فلا تجزئ ؛ للخبر ؛ لأن القرن إذا كان مكسوراً فإن كان يدمي فإنه يضر بها أيضاً ، فإنها إذا نطحت شيئاً أو نطحها غيرها فإنه يخدر لها البدن وينقص لحمها مثله .

وأما ذهاب أكثر من نصف الأذن فلا يجزيء أيضاً ؛ للخبر ، ولأنه نقص عضو مأكول فذهابه يجب أن يؤثر كالعين ، وإن كان العضب أقل من نصف الأذن والقرن فلا يمنع ؛ لأنه يوجد فيه ما يوجد في ذهاب أكثر من نصفه من دخول الألم عليها في القرن ، ولأن طرف الأذن لا يستطاب في العادة وهو غير مأكول، فلا يمنع من الإجزاء، ولأن ما زاد على النصف هو ذهاب الأكثر، والأكثر قد أقيم في الأحوال مقام الكل ، فجاز أن يؤثر ذلك في المنع كما أثر ذهابه جميع الأذن .

مسألة : قال : (وإذا اشتراها سليمة ، وأوجبها ، فعابت عنده ، ذبحها ، وكانت أضحية) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا حدث بها نقص يمنع الإجزاء، كالعور وغيره لم يجز ذبحها ، بل عليه بدلها سليمة .

وخلافاً لمالك في قوله : إن حدث النقص بالهدي أجزأ ، وإن كان في الأضحية لم يجز .

دليلنا : ما روي أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : قلت : يا رسول الله إني أوجبت على نفسي أضحية ، وأنه أصابها الذئب ؟ ، فقال : «ضح بها»[1] فالظاهر من قوله : «ضح بها» يقتضي أنها أضحية شرعية ؛ لأنه سأل عن ذلك؛ ولأنه إجماع الصحابة روى عن علي[2] - رضي الله عنه - وعبدالله ابن الزبير[3] ؛ ولأنه عيب حدث بعد إيجابها ، فوجب أن لا يعتبر حكمها ، كما لو قربها لينحرها فانقلبت السكين فقلعت عينها فإنه يجزئ عنده ذبحها ؛ ولأنه عيب حدث بعد التقرب ، فوجب أن لا يغير حكمها ، دليله : حكم العتق ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإذا ولدت ذبح ولدها) ظاهر كلامه أنه ينحر ولدها معها، سواء كانت حاملًا حال إيجابها أو كانت حائلًا فحملت ؛ لما روي علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه رأى رجلاً يسوق بدنةً معها ولدها ، فقال : « لا تشرب من لبنها إلا ما فضل من ولدها ، فإذا كان يوم النحر انحرها وولدها عن سبعة»[4]. فأمر بنحر ولدها معها ؛ ولأن الحرمة إذا استقرت للأم سرت إلى ولدها ، كأم الولد لما استقر لها حرمة الإيلاد لا تباع وتعتق بوفاة سيدها كان الولد تابعًا لها ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإيجابها أن يقول : هي أضحية) معنى هذا الكلام أنها لا

---

(١) رواه أحمد (٣/ ٧٨) وفيه : « جاء الذئب فأكل من ذنبها .. » .

(٢) لم أجده .

(٣) رواه البيهقي (٥/ ٢٤٢) (٩/ ٢٨٩) .

(٤) رواه البيهقي (٩/ ٢٨٨) . وهو صحيح كما في علل ابن أبي حاتم (١٦١٩) .

يكون أضحية واجبة بلا نية ، وإنما تكون بالقول ، خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهما : إذا اشتراها ونوى بها الأضحية حال الشراء صارت أضحية بالشراء .

ودليلنا : أن جعلها أضحية سبب يزيل الملك على وجه التقرب إلى الله تعالى، والابتياع سبب يجلب به الملك ، فلم يجز اجتماعهما لتضادهما ، كما أن الرجل إذا ابتاع عبداً ونوى إعتاقه حال الابتياع لم يعتق ؛ لأن العتق يزيل الملك ، والابتياع يجلب الملك ، فلم يجمعهما لتضادهما ، وأما لفظ الإيجاب فأن يقول : لله عليّ أن أضحي بها، وكذلك إن قال : قد أوجبتها ؛ لأن الإيجاب يفتقر إلى موجب له وهو الله تعالى ، فكأنه قال : أوجبتها لله ، فإن قال : هذه أضحيتي . كان هذا إقراراً منه بها فليزمه ذبحها بالإقرار ؛ لأن هذا اللفظ يقتضي الوجوب في نفسه .

مسألة : قال : (ولو أوجبها ناقصة ، وجب عليه ذبحها ولم تجزه). معنى قوله: «ناقصة » مثل أن يعينها صغيرة أو معيبة بأحد العيوب التي تقدمت فإنه يجب عليه ذبحها ؛ لأنه قد تعلق الحق برقبتها ، ولا تجزئه في الأضحية الشرعية ؛ لما تقدم من حديث البراء وحديث علي أنه قال : « أربع لا تجزيء العوراء والمريضة والعرجاء والعجفاء » . ولأن النذور محمولة على أصولها في الفروض وقد ثبت أن ما يجب شرعاً من الدماء لا يجزئ المعيب فيه .

مسألة : قال : (ولا تباع أضحية الميت في دينه ، ويأكلها ورثته) إنما منع من بيعها في الدين ؛ لأن المسألة محمولة على أن الأضحية تطوع ، ومات بعد ذبحها ، فإنها لا تباع ؛ لأنها قد تعينت بالنية والذبح، وحصل حق الفقراء فيها ، ولهذا لا يجوز للمضحي بيع شيء من لحمها ، ولا بيع جلدها ، ولا يعطي

الجازر بأجرته منها شيئاً، وللورثة أن يأكلوا منها ما كان للمضحي أن يأكل منها في حياته ، ويبين صحة هذا التأويل : أن حقيقة الاسم في الأضحية بعد الذبح؛ لأنه مشتق من فعل ، وهذا الذبح ضحى نهار يوم النحر ، وقبل الذبح إن سميت أضحية فعلى طريق المجاز؛ فعلى هذا التأويل لو مات قبل ذبحها يبعث في الدين؛ لأنه ما تعين حق الفقراء فيها ، ولا يمكن حملها على الأضحية المنذورة ، لأن أحمد رضي الله عنه قد نص في مواضع أنه لا يأكل من النذر .

مسألة : قال : (والاستحباب أن يأكل ثلث أضحيته ، ويتصدق بثلثها، ويهدى ثلثها ،ولو أكل أكثر جاز) .

إنما كان المستحب هذا : لقوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ ﴾ [الحج : ٣٦] . فصنفهم ثلاثة أصناف ، فالظاهر أنها أثلاث .

وقوله : « ولو أكل أكثر جاز » فذلك قوله تعالى : ﴿ فَكُلُوا۟ مِنْهَا ﴾ فأباح الأكل من غير تقدير ، فالظاهر أن له أن يأكل ما شاء ؛ لأنه قال : ﴿وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ ﴾ ولم يقدر زمان ما يطعمون بقدر ، فالظاهر أن ما يقع عليه الاسم يجزئ، ولا يجزئ أن يأكل جميعها؛ لقوله تعالى ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ﴾. ومنها دليلان ، أحدهما : من قوله ﴿ فَكُلُوا۟ مِنْهَا ﴾ والأكل من الشيء لا يكون أكلًا لكله .

والثاني قوله : ﴿وَأَطْعِمُوا۟ ﴾ وهذا نص ، ولأن القصد منها إيصال المنفعة إلى المساكين ، وإنما يحصل هذا بتفرقة اللحم ، فأما بالذبح فلا ، ولأنه يحصل بالذبح استخراج نجاسة وتلويث مكان .

مسألة : قال : (ولا يعطى الجازر بأجرته شيئاً منها) ، وذلك لما روى

مجاهد عن عبدالرحمن بن أبي ليلى، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بدنه فأقسم جلودها وجلالها، وأمرني أن لا أعطي الجازر منها شيئاً، وقال: نحن نعطيه من عندنا»[1].

ولأن من وجب عليه حق الله تعالى واحتاج إلى مؤونة إلى حين إيصاله إلى المساكين كانت المؤونة على رب المال، كما نقول فيمن وجبت عليه الزكاة في ثمار حين بدو الصلاح فيها: إن عليه حفظها والجذاذ والتشميس حتى تحصل إلى المساكين، وكذلك إذا وجب العشر في الزرع كان الحصاد والدراس والتذرية والتصفية والتنقية على رب المال.

مسألة: قال: (وله أن ينتفع بجلدها، ولا يجوز أن يبيعه، ولا شيئاً منها) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز بيعه بدراهم يمسكها، ولكن يجوز أن يبيع بقماش البيت.

وخلافاً لعطاء في قوله: يجوز بيعه والتصدق في ثمنه.

وخلافاً للأوزاعي في قوله: لا يجوز بيعه بدراهم ودنانير ويجوز بقماش البيت، كالحصير والبارية ونحو ذلك.

دليلنا: ما تقدم من حديث علي - رضي الله عنه - قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بدنه فأقسم جلودها وجلالها» فأمره بقسم الجلود، والأمر يقتضي الوجوب.

وروي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال: من باع جلد أضحيته فلا

(١) رواه مسلم في الحج (١٣١٧).

أضحية له[1] .فإن كان منتشرًا فهو إجماع ، وإن لم يكن منتشرًا فهو حجة .

ولأنه جزء منها ، فلا يجوز بيعه ، كاللحم .

وقوله : « له الانتفاع به » كذلك يجوز له الانتفاع بلحمها وإن لم يجز بيعه ، كذلك جلدها .

مسألة : قال : (ويجوز أن يبدل الأضحية إذا أوجبها بخير منها) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يجوز .

دليلنا : أن ملكه لم يزل عنها بذلك ، بدليل أنه لو زال لم يجزئه عن الواجب؛ لأنه يذبح ما وجب عليه في غير ملك ، فلما أجزأه دل على بقاء الملك؛ ولأن قوله : « لله على أن أضحي بهذا » إيجاب فعل مستقبل في هذا العين ، فلم يوجب بزوال ملكه ، كما لو قال : لله عليّ أن أعتق عبدي هذا ، فإن الملك لا يزول بلا خلاف ، بدليل أن نفقته عليه واكتسابه له إلا أن يعتقه إلا أنه لا يجوز بيعه ، لأنه تعلق الحق هناك بالمعتق وهو العبد ، فإذا باعه أسقط حقه، والحق ههنا ما ثبت لمعين ، وعلى قياس هذا لو قال : لله عليّ أن أتصدق بهذه الدراهم، جاز إبدالها ولم يزل ملكه، ولا يشبه هذا قوله: أوقفت داري مسجداً. أن ملكه يزول بمجرد القول ؛ لأنه قد أنجز الفعل ولم يعلقه على فعل مستقبل، فهو بمثابة قوله : عبدي حر ، فإنه يزول عنه ملكه في الحال بهذه العلة ؛ ولأنه لو زال ملكه عنها لم يعد إليه عند عطبها ، وقد قالوا : إنها إذا عطبت عاد ملكه ، دل على أن الملك لم يزول .

مسألة : قال : (وإذا مضى من نهار يوم الأضحى مقدار صلاة الإمام للعيد

---

(١) رواه البيهقي (٩/ ٢٩٤) ، والحاكم (٢/ ٣٩١) عن أبي هريرة مرفوعًا .

وخطبته، فقد حل الذبح إلى آخر يومين من أيام التشريق نهارًا، ولا يجوز ليلاً، فإن ذبح قبل ذلك لم يجزه، ولزمه البدل) ظاهر كلامه يقتضي أن وقت الذبح بدخول وقت صلاة الضحى، ومُضي قدر صلاة العيد والخطبة، سواء صلى الإمام أو لم يصل، وليس هذا الكلام على ظاهره، وإنما كان محمولاً على أهل السواد الذين لا يصلون العيد لقلة عددهم : أن وقت العيد في حقهم أن يمضي بمقدار صلاة الإمام وخطبته، فأما في حق أهل المصر فلا يدخل وقت الذبح قبل فعل الصلاة، فإن ذبح قبل ذلك لم يجزئه، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يجزئه إذا دخل وقتها، ومضى مقدار الصلاة والخطبتين في المصر وأهل السواد.

دليلنا : ما روي في حديث البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال : « إن أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح، فمن ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته فإنها شاة عجلها لأهلها »[1] وروي بلفظ آخر قال : « أول نسكنا [في يومنا] هذا أن نبدأ فنصلي ثم نرجع فننحر، فمن فعل ذلك فقد وافق سنتنا، ومن ذبح قبل ذلك فإنما هو لحم عجله لأهله ليس من النسك في شيء »[2].

وروى الأسود بن قيس [عن جندب] قال : شهدت النبي ﷺ يوم النحر مر بقوم قد ذبحوا قبل الصلاة فقال : «من ذبح قبل أن يصلي فليعد أخرى مكانها، ومن لم يذبح فليذبح »[3].

---

(١) رواه البخاري في العيدين (٩٣٣) بنحوه.

(٢) رواه البخاري في العيدين (٩٢٥) بنحوه.

(٣) رواه البخاري في الذبائح (١٥٨١)، ومسلم في الأضاحي (١٩٦٠) عن الأسود عن جندب.

وأيضاً : لما علق جوازه بأداء الصلاة في وقتها لم يجز قبلها ، ألا ترى أنه لما علق جواز العصر بعد الظهر في وقتها بعرفة لم يجز أداؤها قبلها ، وكذلك الوتر لما علق جوازه بعد العشاء لم يجز أداؤه قبل العشاء .

فأما أهل السواد ممن لا يصلون العيد فإنما اعتبرنا الوقت في حقهم ، لأنه ليس عليهم صلاة العيد ، فلا معنى في اعتبار أداء الصلاة في ذبح ضحاياهم ، وأهل الأمصار عليهم صلاة العيد فاعتبر في حقهم الصلاة .

وقوله : (فقد حل الذبح إلى آخر يومين من أيام التشريق) خلافاً للشافعي في قوله : وقت الذبح يوم النحر وأيام التشريق إلى المغيب .

دليلنا : ما روي عن علي[١] ، وابن عباس[٢] ، وأنس[٣] أنهم قالوا : الذبح يوم النحر ويومان بعده ، ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلافه ؛ ولأن مثلهم لا يقول من جهة الرأي ، فعلم أنهم قالوه توقيفاً عن النبي ﷺ .

ولأنه يوم لا يجب فيه الرمي ، فلا يكون وقتًا للذبح ، دليله : اليوم الذي بعده .

وقوله : (ولا يجوز ليلاً) ظاهر هذا الكلام لا يجوز الذبح في ليالي التشريق ، وقد نص أحمد - رحمه الله - على جواز ذلك ومنع منه في ليلة النحر، ولم يرجع ذلك المنع إلى الليل، وإنما لم يرجع؛ لأنه ذبح قبل الصلاة، وذهب جماعة من أصحابنا إلى أنه لا يجوز الذبح ليلاً ، وهو قول مالك .

---

(١) رواه الطحاوي في أحكام القرآن (٢/ ٢٠١) .

(٢) رواه ابن حزم في المحلى (٧/ ٣٧٧) .

(٣) رواه البيهقي (٩/ ٢٩٧) ، وابن حزم في المحلى (٧/ ٣٧٧) .

وجه من قال : لا يجوز ذبحها ليلاً : ما روى بعض شيوخ المالكين عن النبي ﷺ « أنه نهى عن الأضحية ليلًا »[1] ؛ لأن الليل ليس بمسنون لوقت الرمي، فلم يجز ذبح الأضحية فيه ، دليله اليوم الخامس ؛ ولأن النبي ﷺ ذبحها نهاراً وقال : « خذوا عني مناسكم »[2] .

ووجه من قال : يجوز ذبحها ليلاً : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن تعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن »[3] ولم يفرق بين الليل والنهار؛ ولأنها قربة تختص بيوم العيد تتعلق بالمال، فجاز فعلها ليلاً، دليله : صدقة الفطر ، ولا يلزم عليه صلاة العيد ؛ لأنها لا تتعلق بالمال ولا يلزم عليه رمي الجمرة ؛ لأن ذلك لا يختص بيوم العيد ؛ ولأنه ذبح في أثناء التشريق ، فيجب أن يجزئه ، دليله : لو ذبحها نهاراً .

وقوله : (فإن ذبح قبل ذلك لم يجزئه) يعني قبل صلاة الإمام لم يجزئه ، وقد دللنا عليه بالأخبار .

مسألة : قال : (ولا يستحب أن يذبحها إلا مسلم) وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يذبح ضحاياكم إلا طاهر »[4].

ولأن الأضحية قربة ، والكافر ليس من أهل القربة ، فلهذا لا يستحب أن يتولاها ، فإن ذبحها كتابي جاز على ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه علق ذلك بالاستحباب ، وقد روي عن أحمد - رحمه الله - رواية أخرى : لا يجزئ ،

---

(١) لم أجده ، وعزاه في التلخيص الحبير (٤/ ٢٦٠) للطبراني من حديث ابن عباس .

(٢) رواه مسلم في الحج (١٢٩٧) بنحوه .

(٣) رواه مسلم في الأضاحي (١٩٦٣) .

(٤) رواه الديلمي في مسند الفردوس (٧٧٧٩) .

وهو قول مالك - رحمه الله - .

وجه ما نقله الخرقي : أنه من أهل الذكاة ، فجاز أن يتولّى ذبح الأضحية .

ووجه من منع قال : لأن الأضحية قربة ، والكافر ليس من أهل القربة ، فلم يجز أن يليها بنفسه ، كما لا يجوز أن يلي الحج بنفسه .

مسألة : قال : (إذا ذبحها بيده كان أفضل) وذلك لما روى جعفر بن محمد عن أبيه « أن النبي ﷺ أهدي مائة من الإبل فنحر منها بيده ، وأمر علياً فنحر ما بقي »[1] وروي نافع عن ابن عمر قال : « كان رسول الله ﷺ يأمر نساءه أن يلين ذبح هدي يهدينه لهديته »[2].

وروي « أن النبي ﷺ أمر امرأة من أهله إن تحضر ذبح نسكها فإنه يغفر لها بأول قطرة »[3] .

ولأنها قربة تفعل عنه ، فكان فعله بنفسه أفضل ، كالزكاة .

مسألة : قال : (ويقول عند الذبح: بسم الله والله أكبر ، فإن نسي فلا يضره) أما التسمية فقد تقدم شرح الكلام عليها ، وأما التكبير فهو مسنون ؛ لما روي «عن النبي ﷺ أنه ضحى بكبشين أملحين وذبحها بيده وسمى وكبّر»[4].

مسألة : قال : (وليس عليه أن يقول عند الذبح : عمن ؛ لأن النية تجزئه) وذلك لقوله ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لأمر ما نوى »[5] فظاهر هذا

---

(١) رواه مسلم في الحج (١٢١٨) .

(٢) لم أجده ، وانظر البدر المنير (٩/ ٣١٢) .

(٣) رواه الطبراني في الكبير (١٨/ ٢٣٩) (٦٠٠) ، والأوسط (٢٥٣٠) ، والبيهقي (٥/ ٢٣٨) .

(٤) رواه البخاري في الأضاحي (٥٢٤٥) .

(٥) رواه البخاري في بدء الوحي (١) ، ومسلم في الإمارة (١٩٠٧) .

له إذا نوى أن يضحي عنه أن يجزئ ؛ ولأنه لو حج عن غيره فأحرم ونوى عنه أجزأه وإن لم يقل في تلبيته : عن فلان ولم يسمه ، كذلك ههنا .

مسألة قال : (ويجوز أن يشترك السبعة ، فيضحوا بالبقرة أو البدنة) ظاهر هذا جواز ذلك سواء كانوا متطوعين أو كان عليهم هدي واجب ، خلافاً لمالك في قوله : إن كانوا متطوعين صح الاشتراك ، وإن كان عليهم هدي واجب فلا يصح.

دليلنا : ما روي قال : «كنا في عهد رسول الله ﷺ نذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها»[1] . وفي لفظ آخر « أمرنا رسول الله ﷺ أن نشترك السبعة في بدنة ونحن متمتعون عام الوداع»[2] وكل بدنة جاز أن يخرجها الواحد جاز أن يخرجها الجماعة عن تلك الجهة ، دليله : إذا كانوا متطوعين .

مسألة : قال : (والعقيقة سنة عن الغلام شاتان ، وعن الجارية شاة ، تذبح يوم السابع) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : ليست بسنة ، وخلافاً لمالك في قوله: يذبح عن الغلام شاة كما يذبح عن الجارية .

فالدلالة على أنها سنة : ما روت أم كرز قالت : أتيت النبي ﷺ أسأله عن لحم الهدي فسمعته يقول : « أقروا الطير في مكاناتها » وسمعته يقول : « عن الغلام شاتان مكافئتان ، وعن الجارية شاة لا يضركم ذكرانًا أو إناثاً »[3] .

وروت عائشة رضي الله عنها قالت : « أمرنا رسول الله ﷺ أن نعق عن

---

(١) رواه أبو داود في الضحايا (٢٨٠٧) . قال الألباني : صحيح .

(٢) رواه مسلم في الحج (١٣١٨) بنحوه .

(٣) رواه أبو داود في العقيقة (٢٨٣٥) ، وأحمد (٦/ ٣٨١) . قال الألباني : صحيح .

الغلام شاتين وعن الجارية شاة »[١].

وعن ابن عباس قال : « عق رسول الله ﷺ عنا الحسن والحسين كبشاً كبشاً »[٢] فقد ثبت عنه قولاً وفعلاً ، فدل على سنته .

ولأن الوليمة مستحبة لما تحدث من السرور بالعرس ، والسرور الحادث بالولادة أكثر فكان استحباب الذبح لأجله أولى .

والدلالة على أنه يعق عن الغلام شاتين : ما تقدم من حديث عائشة وقولها « أمرنا رسول الله ﷺ أن نعق عن الغلام شاتين ، وعن الجارية شاة » .

ولأن العقيقة إنما تستحب لما يحدث من السرور بالولد ، والسرور الحادث بالغلام أكثر من الجارية، فاستحب أن تكون العقيقة لأجل ذلك أكثر.

وقوله : (يذبح يوم السابع) لما روى الحسن ، عن سمرة أن النبي ﷺ قال : «كل غلام رهن بعقيقته ، يذبح عنه يوم سابعه ويحلق ويسمى»[٣] .

وروي عن النبي ﷺ أنه عق عن الحسن يوم السابع[٤] .

مسألة : (ويجتنب فيها من العيوب ما يجتنب في الأضحية) وذلك أنها تشبه الأضحية في كونها إراقة دم مسنون ، فلأن تفرقتها بفرقة الأضحية في الصدقة والهدية والأكل .

---

(١) رواه الترمذي في الأضاحي (١٥١٣) ، وابن ماجة في الذبائح (٣١٦٣) . قال الألباني : صحيح .

(٢) رواه أبو داود في العقيقة (٢٨٤١) ، ورواه النسائي في العقيقة (٤٢١٩) بلفظ : " بكبشين كبشين " .

(٣) رواه أبو داود في العقيقة (٢٨٣٨) .

(٤) رواه الحاكم (٤/ ٢٣٧) .

مسألة: قال: (وسبيلها في الأكل والصدقة والهدية سبيلها، إلا أنها تطبخ أجدالًا) إنما كان سبيلها سبيل الأضحية في كونها إراقة دم مسنون غير واجب.

وقوله: (تطبخ أجدالًا)[١] لما روي عن عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت في العقيقة: (تطبخ أجدالاً، ولا يكسر لها عظم)[٢]. وإنما لم يكسر لها عظم تفاؤلاً بالسلامة بترك الكسر فإنه أول ذبح عنه، وكان هذا من الفأل وقد قال ﷺ: « إن الله يحب الفأل ويكره الطيرة »[٣].

* * *

(١) معنى أجدالًا: أي عضوًا عضوًا.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٤٧٤٦) بلفظ: « جدولًا ».

(٣) رواه ابن ماجة في الطب (٣٥٣٦)، وأحمد (٢/ ٣٣٢). وأصله في الصحيحين بنحوه.

كتاب السبق والرمي

الأصل في المسابقة والرمي قوله تعالى : ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾ [الأنفال : ٦٠].

وروى عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال : « ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي »[1] والله تعالى أمرنا بالرمي ورباط الخيل للحرب ولقاء العدوّ ، والاعتداد بذلك لا يكون إلا بالتعلم والنهاية في التعليم المسابقة بذلك ليكلّ كل واحد منهم نفسه في بلوغ النهاية والحذق فيه .

وأيضاً روي عن أنس قال : « راهن رسول الله ﷺ فسبق فسر بذلك وأعجبه »[2].

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع، وبين التي لم تضمر من بيته الوداع إلى مسجد بني زريق[3] .

وروى أبو هريرة قال : « كان لرسول ﷺ ناقة يقال لها العضباء إذا سابقت سَبَقت فجاء أعرابي على بكر فسبقها ، فاغتم المسلمون ، فقيل: يا رسول الله : سُبِقت العضباء، فقال: «حق على الله أن لا يرفع شيئاً في الأرض إلا وضعه»[4].

وروي أن النبي ﷺ مر بقوم من الأنصار وهم يترامون فقال : « أنا مع

(١) رواه مسلم في الإمارة (١٩١٧) .

(٢) رواه أحمد (٣/ ١٦٠، ٢٥٦)

(٣) رواه البخاري في المساجد (٤١٠) ، ومسلم في الإمارة (١٨٧٠) .

(٤) رواه البخاري في الرقاق (٦١٣٦) عن أنس وليس عن أبي هريرة .

الحزب الذي فيه ابن الأدرع ». فأمسك الحزب الآخر. وقالوا: « لن نغلب حزباً فيه رسول الله ﷺ » فقال: « ارموا فإني أرمي معكم » فرمى مع كل واحد منهم رمية، فلم يسبق بعضهم بعضاً، فلم يزالوا يترامون وأولادهم لا يسبق بعضهم بعضاً[1].

مسألة: قال: أبو القاسم: (والسبق في الحافر، والنصل، والخف لا غير) خلافاً لأبي حنيفة في المسابقة على الأقدام بعوض، وخلافاً لبعض الشافعية في إجازته السبق بالطيور بعوض.

وأما النصل فهو النشاب وهو العجمي، والسهام وهو العربي.

وأما الخف فهو الإبل، وأما الحافر فهو الخيل دون البغال والحمير.

والدليل على جوار المسابقة لهذه الثلاثة الأشياء: ما تقدم من الآية والأخبار.

والدلالة على أن ما عدا هذه الثلاثة لا يجوز السباق عليها بعوض - أعني - السبق على الأقدام والطيور: ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: « لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر »[2]. وروي: « لا سبق » بفتح الباء وسكونها، وأجاز السبق في هذه الثلاثة، فدل على أن ما عداها لا تجوز المسابقة عليه.

ولأن المسابقة تكون بآلة كالبهيمة ونحو ذلك والأقدام ليست بآلةٍ، وأما أن يكون بهيمة تعدوا بنفسها فلا، وقد روي في معنى هذا أن النبي ﷺ رأى

---

(١) رواه البخاري في الجهاد (٢٧٤٣).

(٢) رواه أبو داود في الجهاد (٢٥٧٤)، والترمذي في الجهاد (١٧٠٠)، والنسائي في الخيل (٣٥٨٥)، وابن ماجة في الجهاد (٢٨٧٨). قال الألباني: صحيح.

رجلاً سرّح حماماً ثم أتبعه بصره ، فقال : « شيطان يتبع شيطاناً »[١].

مسألة : قال : (وإذا أراد أن يستبقا أخرج أحدهما ولم يخرج الآخر ، فإن سبق من أخرج أحرز سبقه، ولم يأخذ من المسبوق شيئًا ، وإن سبق من لم يخرج أحرز سبق صاحبه ، فإن أخرجا جميعاً ، لم يجز ، إلا أن يجعلا بينهما محللاً يكافىء فرسه فرسيهما ، أو بعيره بعيريهما ، أو رمية رمييهما ، فإن سبقهما أخذ سبقيهما ، وإن كان السابق أحدهما أحرز سبقه ، وأخذ سبق صاحبه ، فكان كسائر ماله ، ولم يأخذ من المحلل شيئاً) .

أما إذا سبق اثنان فأخرج أحدهما ولم يخرج الآخر على أنه إن سبق أحرز سبقه ، ولم يأخذ من المسبوق شيئًا ، وإن من لم يخرج أحرز سبق صاحبه ، خلافاً لمالك في قوله : لا يجوز .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه مر بحزبين من الأنصار يتناضلون وقد سبق أحدهما الآخر . فقال رسول الله ﷺ : «أنا من الحزب الذي فيه ابن الأدرع»[٢]. فالنبي ﷺ أقرهم على النضال ، وقد سبق أحدهما .

ولأن القمار هو المخاطرة ، وهو أن لا ينفك أحدهما أن يغنم أو يغرم ، وهذا هو القمار ، فأما إن أخرج كل واحد منهما على أن من سبق فله السبقان معاً ، وإن لم يكن بينهما محلل فهو القمار ؛ لما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ قال : « من أدخل فرساً بين فرسين، وقد أمن أن يسبق فهو قمار ، وان لم يأمن

---

(١) رواه أبو داود في الأدب (٤٩٤٠) ، وابن ماجة في الأدب (٣٧٦٥) بنحوه عن أبي هريرة.
قال الألباني : حسن .

(٢) سبق تخريجه .

أن يسبق فليس بقمار»[1] والدلالة من الخبر : هو أنهما ولو تسابقا وأدخلا بينهما ثالثاً وقد أمن أن يسبق معناه وقد أيس أن يسبق لضعف فرسه وقوة الآخر فهو قمار ؛ لأنه قد علم وعرف أنه لا يسبق ، ولا يأخذ شيئًا ، وإذا لم يجز هذا ومعهما ثالث قد أيس أن يسبق ، فبأن لا يجوز إذا لم يكن معهما ثالث محلل أولى؛ ولأنه هو القمار؛ لأن كل واحد منهما قد دخل وهو بين أن يغنم أو يغرم، وأما إذا أدخلا بينهما محللاً على أنه يسبق ، فله السبقان فهو جائز إذا كان فرسه مكافئاً لفرسيهما ؛ لما روي عن النبي ﷺ قال : « من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن السبق فهو قمار ، وإن لم يأمن فليس بقمار » وهذا قد أدخل فرسه بين فرسين ، وقد أمن السبق ، فوجب أن يصح ، وإن لم يأمن أن يسبق ؛ ولأن الثالث قد يغنم ولا يغرم أبدًا ، فيجب أن يصح ، كما لو خرج أحدهما ؛ وهذا سمي الثالث محللًا بأنه حل به ما كان حرامًا ، وأما إن كان المحلل لا يكافيء فرسه فرسهما ، وهو أن يكون برذون ، وكل واحد منهما على عربي جواد فالمسابقة قمار ؛ لقوله ﷺ : « من أدخل فرسًا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار » معناه : أيس أن يسبق ، وهو ما قلناه ، فأما إن كان بينهما محلل فسبق أحد المسبقين وتأخر المحلل والآخر معًا كان السبقان معًا للسابق يمسك سبق نفسه ويستحق سبق غيره ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « من أدخل فرسًا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار » ، والمراد بالخبر إذا سبق كل واحد منهما صاحبه وأدخلا بينهما محللاً . الدليل عليه : أنه لا يخلو إما أن يكون المسبوق غيرهما أو واحد منهما ، فبطل أن يكون المراد

---

(١) رواه أبوداود في الجهاد (٢٥٧٩)، وابن ماجة في الجهاد (٢٨٧٦). قال الألباني: ضعيف.

غيرهما ؛ لأنه لو كان الغير لم يفترق الحال بين أن يكون الثلاثة كلها قوية وبين أن يكون أحدها ضعيفاً لا يسبق فإنه جائز ، ويبطل أن يكون المراد إذا أخرج أحدهما دون صاحبه لهذا المعنى أيضاً فلم يبق إلا أنه إذا كان كل واحدٍ منهما قد سبق وأدخلا بينهما محللًا ، والنبي ﷺ أباحه وقال: « ليس بقمار » . ولأن المسابقة تصح إذا خرجت عن حد القمار ، والقمار أن يكون واحد من القوم يغنم تارة ، ويغرم تارة وليس فيهم من قد يغنم ولا يغرم ، وفي مسألتنا قد يغنم ولا يغرم ، وهو المحلل الذي لم يخرج شيئاً ، فإذا كان خارجاً عن حد القمار ثبت أنه حلال .

وقوله : (أحرز سبقه وسبق صاحبه فكان كسائر ماله) معناه أنه يملكه ويكون عوضاً جائزاً ، والدلالة على ذلك : ما روي أن النبي ﷺ « سابق بين الخيل وراهن »[1] . ولأنه إخراج في طاعة ؛ لأنه يجُرِّئ على الرمي والفروسية ويرغب فيه ليكون كل مسلم على صفة من مباشرة القتال ولقاء العدو ، ويحتمل أن يكون قصد بقوله : « فكان كسائر ماله » يعني : إن شهد على السابق أن يطعم السبق أصحابه كان شرطاً باطلاً ، وكان السبق كسائر ماله؛ لأنه عقد تمليك يشترط فيه يمنع كمال التصرف فيما لم يبن أمره على التغليب والسراية ، فبطل الشرط ، كما لو باع شيئاً وشرط على المشترى أن يتصدق بما اشتراه أو يهبه .

وقوله : «ولم يأخذ من المحلل شيئاً » معناه أن المحلل لا يخرج شيئاً

---

(١) سبق تخريجه .

يؤخذ منه إذا سُبق ؛ لأنه لو أخرج كان قمارًا ؛ لأن القمار أن يكون كل واحد من القوم يغنم أو يغرم ، وليس فيهم من قد يغنم ولا يغرم ، فإذا أخرج المحلل شيئاً وأخرج الآخران أيضاً حصل كل واحد من القوم يغنم تارة ويغرم أخرى ، وليس كذلك إذا لم يخرج المحلل شيئاً ؛ لأنه قد حصل فيهم من قد يغنم ولا يغرم ، وهو المحلل الذي لم يخرج شيئاً ، فلهذا جاز .

مسألة : قال : (ولا يجوز إذا أرسل الفرسان أن يجنب أحدهما مع فرسه فرساً يحرضه على العَدْو ، ولا يصح به في وقت سباقه ؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا جلب ولا جنب »)[1] قال الشيخ أبو يعلى - رحمه الله - : وجدتُ لبعض أصحابنا وأحسبه أبا إسحاق قال : أما الجلب فإن يصاح بالفرس ويجلب على ظهره حتى يتحير الفرس ، وأما الجنب فهو أن يجري معه فرس آخر مقرون به ، فإذا قارب الغاية تحول على الفرس المجنوب فسبق عليه ، وقد ذكر أبو عبيد في كتابه مثل هذا .

* * *

(١) رواه أبو داود في الزكاة ، (١٥٩١) . قال الألباني : حسن صحيح .

كتاب الأيمان والنذور

الأيمان في اللغة عبارة عن القوة الوثيقة ، فكأن الحالف يستوثق بما يوجبه على نفسه بلسانه ، إما الامتناع عن ترك فعل الشيء أو فعله ، ومنه قول الشاعر .

إذا ما راية رفعت لمجدٍ تلقاها عرابة باليمين

ويجوز أن يقال : إن اليمين في موضوع اللغة عبارة عن اليمين المعروفة ، والعرب كانت تعقد بأيمانهم عند الاستيثاق ، ثم جات الشريعة فجعلت اسم اليمين التي هي الاستيثاق باللسان أن اليمين عقد باللسان كما كانت عندهم عقداً بالأيمان .

والأيمان في الشرع : عبارة عن الشرط والجزاء في الامتناع عن ترك الشيء وفعله فيما لم تجر عادة أهل الشرع بخلافه .

والأيمان على ضربين ، اليمين التي هي قسم، وهي تفيد تعظيم المقسم به ، فهي هذه اليمين التي تعرفها العرب .

والثانية : ما تضمن شرطاً وجزاء على طريق الامتناع عما لم يجر عادة أهل الشرع بخلافه ، فهذه يمين في الشرع ؛ لأن أهل الشرع لا يمتنعون في قول فلان حلف بطلاق امرأته إذا قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وحلف بعتق عبده مثله ، فإذا كان كذا علمنا أن هذا يمين في الشرع ، والعرب لا تعرف ذلك يميناً .

والأصل في جواز الحلف بالله تعالى قوله عز وجل : ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ

بِأَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ﴾ [المائدة: ٨٩]، فأخبر أنه لا يؤاخذ باللغو في اليمين، ولغو اليمين أن يحلف بالله في غير شيء عنده أنه كما حلف، فيخرج بخلافه، وأخبر أنه يؤاخذه بما اعتقده وحلف به معتقداً له، وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [آل عمران: ٧٧] فتوعَّد من اشترى بيمينه ثمناً قيلاً.

وأيضاً روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال «والله لأغزونَّ قريشاً» ثم قال: «إن شاء الله»[١].

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال كثيرًا ما كان رسول الله ﷺ يحلف بهذه اليمين: «لا ومقلب القلوب»[٢].

وروى أبوسعيد الخدري قال: «كان رسول الله ﷺ إذا اجتهد في اليمين قال: «والذي نفسي أبي القاسم بيده»[٣] وفي بعضها «نفس محمد بيده»[٤].

وروى إياس بن ثعلبة أن النبي ﷺ قال: «من اقتطع مال مال امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة، وأوجب له النار وإن كان شيئًا يسيرًا، وإن كان سواكًا من أراك»[٥].

---

(١) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٨٥). قال الألباني: صحيح.

(٢) رواه البخاري في القدر (٦٢٤٣).

(٣) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٦٤). قال الألباني: ضعيف.

(٤) من ذلك ما رواه البخاري في الصوم (١٨٠٥)، ومسلم في الصيام (١١٥١).

(٥) رواه مسلم في الأيمان (١٣٧).

مسألة : قال أبو القاسم : (ومن حلف أن يفعل شيئاً ، فلم يفعله ، أو لا يفعل شيئاً ، ففعله ، فعليه الكفارة ، فإن فعله ناسياً فلا شيء عليه إذا كانت اليمين بغير الطلاق والعتاق) . أما إذا كانت اليمين بالله على شيء أنه لا يفعله ففعله ناسياً لم يحنث ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في أحد القولين : أنه يحنث وتجب الكفارة.

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ [الأحزاب : ٥].

وأيضاً ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[1] وهذا عام .

ولأنه أحد طرفي عقد اليمين بالله فلم يتعلق به حكم مع النسيان ، دليله : عقد اليمين ، فإنه إذا لم يكن قاصداً ولا ذاكرًا لما يحلف عليه لم يلزمه كفارة ، كذلك ههنا ، ولا يلزم عليه يمين الطلاق ؛ لقولنا « يمين بالله تعالى » ؛ ولأن المنع إذا كان طريقه القول جاز أن يحلف بالعمد والسهو ، دليله : أوامر صاحب الشريعة ونواهيه منه ما يعفى عنه سهواً ، كالأكل في الصيام ، والكلام في الصلاة ، ومنه ما لا يعفى عنه ، كذلك جاز أن يكون المنع من جهة نفسه يختلف ، فيكون منه ما يُعفى عنه .

ولأن ما يوجب الكفارة على ضربين ، أحدهما : الفعل ، مثل كفارات الإحرام والوطء والقتل ، ثم ثبت أن هذه السبب منه ما تسقط الكفارة فيه بالسهو ، وهو الطيب واللباس ، كذلك الضرب الثاني يجب أن يكون منه ما

(١) رواه ابن ماجة في الطلاق (٢٠٤٣) . قال الألباني : صحيح .

تسقط الكفارة فيه بالسهو ، وليس إلا مسألتنا ؛ لأن الظهار كفارته موجبها القول ، ولا تسقط بالسهو ، وأما إذا كان ذلك بالطلاق أو العتاق فإنه يجب إذا فعله ناسياً ، خلافاً للشافعي في أحد القولين : لا يحنث .

دليلنا : أنه خالف بين قوله وفعله في يمين الطلاق ، فأشبه لو فعله عامداً ، ولا يلزم عليه اليمين بالله تعالى ، لقولنا في يمين الطلاق ؛ ولأن الطلاق حكم يرفع النكاح ويفسخه ، فاستوى فيه العمد والسهو . دليله : الرضاع ووطء أم المرأة وبنت الزوجة ونحو ذلك ، ثم الفرق بين اليمين بالله تعالى وبين الطلاق والعتاق من وجهين ، أحدهما : فرق في أبي بكر الخلال وهو أن الطلاق والعتاق حق يتعلق بآدمي ، فاستوى فيه العمد والخطأ ؛ لأن حقوق الآدميين يستوي فيها العمد والسهو ، بدليل قتل النفس وإتلاف المال وغير ذلك ، وليس كذلك اليمين بالله تعالى؛ ولأنه حق لله تعالى ، فاختلف بالسهو والعمد ، ألا ترى أنه لو أكل ناسياً في الصيام ، أو ترك التسمية على الذبيحة ناسياً حل أكلها .

والثاني : أن اليمين بالله تعالى أوسع في بابها من الطلاق ، ألا ترى أنه يدخلها اللغو ، ولا يدخل الطلاق والعتاق ، وتسقط بالكفارة ، ولا مدخل للكفارة في الطلاق والعتاق .

مسألة : قال: (ومن حلف على شيء ، وهو يعلم أنه كاذب ، فلا كفارة عليه؛ لأن الذي أتى أعظم من أن يكون فيه الكفارة ، والكفارة إنما تلزم من حلف يريد عقد اليمين) وهذه يمين الغموس لا كفارة فيها ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : فيها كفارة .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ

قُلُوبُكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٢٥] والمراد به اليمين الغموس ؛ لأنه علق المؤاخذة فيها بكسب القلوب ، وهذه صفة الغموس ، فقد بين حكمها ، وهو أن يؤاخذه بها ويعاقبه عليها ، ولم يوجب كفارة ، ويدل عليه قوله ﷺ : «يمين الغموس تدع الديار بلاقع»[1] فبين حكمها ، ولم يوجب كفارة ؛ ولأنها يمين على الماضي فلم يتعلق بها كفارة . دليله يمين اللغو ، ولأن يمين الغموس غير معقودة ، بدليل : أن الحنث يقارنها، والمعقودة هي التي يترقب فيها البر والحنث ، ألا ترى أن قول الرجل لامرأته : أنت طالق إن دخلت الدار ، هي يمين معقودة ؛ ولأن الحنث يترقب فيها ، ولو قال لزوجته : أنت طالق ، لم يكن يميناً ؛ لأن الحنث غير مترقب ، بل هو واقع، وأن ما يُطرأ على العقد يحله إذا قارنه مع انعقاده ، كالرضاع والردة في النكاح وهلاك المبيع .

مسألة : قال : (ومن حلف على شيء وهو يرى أنه كما حلف ، فلم يكن ، فلا كفارة عليه ؛ لأنه من لغو اليمين ، ألا أن يكون اليمين بالطلاق والعتاق فيلزمه الحنث) أما إذا كانت اليمين بالله تعالى فحلف على شيء يظن أنه كما حلف ، مثل أن يقول : أهلَّ الهلال البارحة ، يظن أنه صادق ثم بان بخلافه ، أو رأى رجلاً مقبلًا ، فيقول : هو زيد ، ويتبن بخلافه ، وهذا ونظيره لغو اليمين لا كفارة فيه ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لغو اليمين أن يسبق لسانه بغير ما اعتقده بقلبه .

دليلنا : أن هذا يمين على ماضي فأشبه قوله: لا والله، وبلى والله، إذا سبق على لسانه ؛ ولأنه معقود على المستقبل، فأشبه ما ذكرناه .

---

(١) رواه البيهقي بنحوه (١٠/ ٣٥) من عدة طرق .

وقوله : (إذا كان تغير الطلاق والعتاق) معناه إن كان بهما حنث ؛ لقوله عليه السلام: «ثلاث جدهنّ جدّ وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح»[1]. ولأن تقدير هذه اليمين بالطلاق والعتاق أنه طلاق وعتاق معلق بصفةٍ ، فإذا بان بخلافه فقد عدمت الصفة ، فلهذا حنث .

مسألة : قال: (واليمين المكفرة أن يحلف بالله عز وجل ، أو باسم من أسماء الله ، أو بآية من القرآن ، أو بصدقة ماله ، أو بالحج ، أو بالعهد ، أو بالخروج عن الإسلام ، أو بتحريم مملوكه ، أو بشيء من ماله ، أو بنحر ولده ، أو يقول : أقسم بالله ، أو أشهد بالله ، أو أعزم بالله ، أو أمانة الله) .

أما إذا حلف بالله كان يميناً بكل حالٍ ، والحلف به أن يقول : ومقلب القلوب ، كما روى ابن عمر أن النبي ﷺ كان كثيرًا مما يحلف بهذه اليمين ، ويقول: «والذي نفسي بيده »[2] ، كما روى أبو سعيد قال : «كان رسول الله ﷺ إذا اجتهد في اليمين قال: والذي نفس أبي القاسم بيده »[3] .

وكما روي عن علي بن أبي طالب قال : والذي فلق الحبّة وبرأ النسمة وتردى بالعظمة[4] : ونحو ذلك ، كقوله: والذي أحج له ، والذي أصلي له ، وأصوم له ، كل هذه يمين ، فإذا حلف وحنث عليه الكفارة ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ ﴾ .

(١) رواه أبوداود في الطلاق (٢١٩٤) بنحوه، والترمذي في الطلاق (١١٨٤). قال الألباني: حسن .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٦٤) . قال الألباني : ضعيف .

(٤) رواه أبو نعيم في المستخرج على صحيح مسلم (٢٣٧) ، وفي الحلية (٤/ ١٨٥) .

[المائدة: ٨٩] . والظاهر أن عليه كفارة بكل يمين حلف إلا ما قام عليه الدليل ، وقال عليه السلام : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأتِ الذي هو خير وليكفر عن يمينه »[1] ولم يفصل .

وأما إذا حلف باسم من أسمائه فإنه يكون يميناً سواء كان اسماً لا يشارك فيه غيره ، كقوله : والله . فإن أكثر أهل العلم قالوا : هو الاسم الأعظم ؛ لأنه يُبدأ به ويعطف عليه ، فيقول : والله الرحمن الرحيم الطالب الغالب ، وكذلك الرحمن الرحيم له خاصة ، وهكذا الأول الذي ليس قبله شيء ، والآخر الذي ليس بعده شيء ، والواحد الذي ليس كمثله شيء ، كل هذا لا يصلح لغيره بوجه ، فهو كما لو حلف به، وكذلك إن كان اسماً يشاركه فيه غيره ؛ لأنه يقال : رب العالمين ، ورب العالمين لغيره ، ورازق الخلق له ، ورازق الخلق لغيره ، وخالق الأشياء له وخالق لغيره ، إلا أن إطلاقه ينصرف إليه ، فيكون يميناً سواء أراد به اليمين أو لم يرد على ظاهر كلام أبي القاسم ، خلافاً للشافعي في قوله : إن أراد به اليمين كان يميناً ، وإن لم يرد به لم يكن يميناً .

دليلنا : ما تقدم في القسم الأول ، يبين صحة هذا : أن ما تعلق بأسمائه وصفاته فهو يمين ، وإن لم ينوه مع الاحتمال ، مثل القسم والعهد والشهادة له ولعمرو الله ، ونحو ذلك ؛ لأنه موضوع ، فبالاحتمال لا يخرج أن يكون يميناً ، وأما ما يشاركه فيه غيره وإطلاقه لا ينصرف إليه ، كالموجود ، والحي ، والباطن ، ونحو ذلك فلا يكون يميناً وإن نواه ؛ لأنه مشترك ، وإطلاقه لاينصرف إليه ، فلم يكن له في نفسه حرمة ، فلم يكن يميناً .

---

(١) رواه مسلم في الأيمان (١٦٥٠) .

وقوله : (أو بآية من القرآن) فهو يمين . وأصل هذه المسألة أن القرآن غير مخلوق، فإذا انتفى الخلق عنه حصل صفة من صفات ذاته، فتعلق به الكفارة؛ خلافاً للمعتزلة في قولهم بخلقه ، ومنعهم أن يكون صفة من صفات ذاته .

والدلالة على نفي الخلق : الكتاب والسنة وإجماع الصحابة ، والاستدلال على ذلك بالكتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا قَوْلُنَا لِشَيْءٍ إِذَا أَرَدْنَاهُ أَن نَّقُولَ لَهُ كُن فَيَكُونُ﴾ [النحل :٤٠] فلو كان القرآن مخلوقاً لكان الله تعالى قائلاً له : كن ، وكذلك القول الثاني أبداً إلى غير غاية ، وذلك محال ، وقال تعالى : ﴿ مَا يَأْتِيهِم مِّن ذِكْرٍ مِّن رَّبِّهِم مُّحْدَثٍ إِلَّا اسْتَمَعُوهُ﴾ [الأنبياء :٢] فلو كان جميع الأذكار محدثة لم يكن لقوله : (محدث) فائدة ، وكان غثًا من الكلام ، وقال تعالى : ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ﴾ [الأعراف :٥٤] فلو كان الأمر مخلوقاً لكان الكلام متكرراً من غير فائدة .

وأما السنة : فما روى أحمد قال : حدثنا يزيد بن هارون الواسطي ، قال : حدثنا حميد الطويل ، عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال : « السموات السبع وسكانها، والأرضون السبع السفلى إلى الدرك الأسود إلى الريح الهفافة كل ذلك مخلوق ما خلا القرآن، فإنه كلام الله غير مخلوق»[1] الريح الهفافة وهذا من عوالي ما يرويه أحمد – رحمه الله – فإن بينه وبين النبي ﷺ ثلاثة رجال.

وروى نافع قال : قلت لابن عمر : سمعت من رسول الله ﷺ شيئًا فقال :

---

(١) لم أقف عليه ! وقد ورد بنحوه عن معاذ في بغية الطلب في تاريخ حلب (٢/ ١٦) وهو في اللآلئ المصنوعة للسيوطي (١/ ١٥) وفيه كذاب وضاع .

نعم ؛ سمعت رسول الله ﷺ يقول : « القرآن كلام الله غير مخلوق ، ونور من نور الله »[١].

ولقد أقرّ أصحاب التوراة أنه كلام الله ، وأقر أصحاب الإنجيل أنه كلام الله فمن خالف هذا خالف ما أنزل الله عز وجل .

وروى أبو الدرداء أن النبي ﷺ قال : «القرآن كلام الله غير مخلوق»[٢].

وروى عبيد بن عبدالغفار وكان مولى رسول الله ﷺ قال : «إذا ذكر القرآن فقولوا كلام الله غير مخلوق ، فمن قال مخلوق فهو كافر »[٣].

والإجماع : روي أنه لما نزلت ألم غلبت الروم ، خرج بها أبوبكر - رضي الله عنه -إلى المشركين فقالوا : هذا من كلام صاحبك ، فقال : الله أنزل هذا[٤].

وقال عمر - رضي الله عنه - : القرآن كلام لله[٥].

وروى ابن عباس قال: قالوا لعلي بن أبي طالب: إنك حكمت في دين الله . فقال : ما حكمت مخلوقاً إنما حكمت القرآن[٦].

---

(١) لم أجده .

(٢) رواه ابن عساكر (٧٣/ ٢٧٤) .

(٣) نسبه القرطبي في التذكار ص(١٥) لأبي حفص بن شاهين .

(٤) رواه أبو نعيم في معرفة الصحابة (٦٤٦٤) ، وعبد الله بن أحمد في السنة (١٢١٠) .

(٥) رواه أحمد في الزهد (١٩١) ، وابن بطة في الإبانة الكبرى (٥/ ٢٤٩) .

(٦) رواه ابن بطة في الإبانة الكبرى (٦/ ٣٨) ، والبيهقي في الأسماء والصفات (٥٢٥) .

كل هذه في كتاب السنة لابن شاهين[١].

وعن ابن مسعود أنه قال: من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل حرف كفارة[٢].

وقال عمرو بن دينار: سمعت سبعة من الصحابة يقولون: القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق ولا خالق.

وروى الساجي[٣] في كتاب «اختلاف الفقهاء» عن عمه محمد بن عبدالله الساجي قول الشاعر في جعفر الصادق لاشتهار هذا عنه حتى قيل فيه الشعر وشاع في الناس فقال:

قد سأل عنه الناس من قبلكم ... ابن النبي المرسل الصادق

فقال قولاً بيّناً واضحاً ... ليس كقول المعجب المارق

كلام ربي لا تمارونه ... ليس بمخلوق ولا خالق

جعفر ذو الخير فافخر به ... ابن الوصي المرتضى السابق

فثبت أن هذا قول الناس، وأشدهم فيه قولاً أهل البيت.

وأما الاستدلال: هو أنه لو كان محدثاً لكان حالاً في الغير؛ لأن الله تعالى ليس بمحدث للمحدثات، وإن كان حالاً في الغير خرج عن أن يكون كلام الله تعالى، لأنه لا يصح أن يتكلم المتكلم بكلام في غيره، كما لا يصح أن يريد

---

(١) هو أبو حفص عمر بن أحمد بن شاهين ت سنة ٣٨٥هـ. حافظ كبير له عدة مؤلفات. انظر: سير أعلام النبلاء (١٦/ ٤٣١).

(٢) لم أجده.

(٣) هو: أبو يحي بن زكريا بن يحي الساجي ت سنة ٣٠٧ هـ. حافظ له عدة مؤلفات. انظر: سير أعلام النبلاء (١٤/ ١٩٨).

ويقدر بإرادة وقدر في غيره .

ولأنه لو كان كلامه محدثاً لوجب أن يكون سبحانه قبل إحداثه غير متكلم ، ومتى كان غير متكلم مع صحة الكلام عنه وصف بضده لا محالة عن الخرس والسكوت ، فتعالى عن النقائص والآفات.

وقوله : « أو بصدقه ماله أو بالحج » فيقول : إن فعلت كذا وكذا فما لي صدقة ، أو علي حجة ، فيخرج مخرج اللجاج والغضب ، فيكون فيه كفارة يمين ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يتصدق بجميع ماله ، وعنه رواية أخرى : يتصدق بأمواله الزكاتية دون غيرها .

دليلنا : قوله : [ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ] [المائدة : ٨٩] ومن حلف بهذه الأشياء سمّي حالفاً ، يقال : حلف بالصيام والصلاة والحج .

وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : من حلف فجعل ماله في رتاج الكعبة ، فإنه يكفرها بما يكفر به اليمين[1] .

وأيضاً روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « من نذر نذراً لم يسمه فعليه كفارة يمين ، ومن نذر ما لا يطيقه فعليه كفارة يمين »[2] فاقتضى الخبر أن من نذر مائة حجة إن كلمت زيدًا يجزئه كفارة يمين ؛ لأنه نذر ما لا يطيق ، وعلى قول أبي حنيفة : لا يجزئه .

وروى عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال « كفارة النذر كفارة يمين »[3] وهذا

---

(١) رواه مالك في الموطأ (٢/ ٤٨١) (٧١) .

(٢) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٣٢٢) . قال الألباني : ضعيف مرفوعًا .

(٣) رواه مسلم في النذر (١٦٤٥) .

عام في كل نذر .

ولأنه منع نفسه عن فعل ما إذا فعله لزمه إخراج حق ، فجاز أن يكون ذلك الحق كفارة يمين ، قياساً عليه لو قال : والله لا كلمت زيدًا كلمة .

ولأن هذا النذر أخذ شبهاً من النذر، وشبهًا من الأيمان، أما شبهه بالأيمان : فهو أن يقصد به المنع من فعل شيء والالتزام بفعله ، كما أن الحالف يقصد منع نفسه من فعل المحلوف عليه وإلزامها ذلك .

وشبهه بالنذر : هو أنه ألزم ذمته إخراج حق بوجود شرط من غير تعليق ذلك باسم الله تعالى وصفة من صفاته ، وهذا معنى النذر ، وإذا أخذ شبهاً من الأصلين وتردد بينهما لم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من إلحاقه بالآخر ، ولم يكن إلحاقه بهما ولا إسقاطه عنهما بحصول الإجماع على خلاف هذين ، فأعطيناه شبهًا من كل واحد من الأصلين ، فأجزنا إخراج كفارة اليمين عنه لشبهه بالأيمان ، وأجزنا الوفاء بما نذر لشبهه بالنذور .

ومثال هذا ما قيل في قتل العمد : والمولى مخير بين القتل وأخذ الدية ؛ لأنه في معنى قتل الخطأ ، وشبه العمد الموجب للدية ، ومعنى الحدود الموجبة للعقوبة من حيث إن فيه إتلاف النفس ، وفيه ارتكاب معصية وكبيرة يستحق بها عقوبة ، فأعطيناه شبهًا من كل واحدٍ من الأصلين .

قوله: (أو بالعهد) وهو أن يقول : عليّ عهد الله وميثاقه إن فعلت كذا وكذا ، أو لأفعلن ، فكله يمين يجب فيها الكفارة نواه أو لم ينوه على ظاهره كلامه ، خلافاً للشافعي في قوله : إن نواه يميناً كان يمينًا ، وإن لم ينوه لم يكن يمينًا .

دليلنا: هو أنه قد ثبت له عرف الشرع وعرف اللغة ، يروى أن عائشة - رضي

الله عنها - حلفت بالعهد أن لا تكلم ابن الزبير ، فلما كلمته أعتقت أربعين رقبة[١]. وكانت تقول: واعهداه [٢].

ولأنه قد صار للناس في العهد عادة قد ثبت بها عرف ، كقوله : وحق الله ، فوجب أن يكون يميناً وإن لم ينوه ، كما لو حلف بالله تعالى .

وقوله : (أو بالخروج عن الإسلام) وهو أن يقول : إن فعلت كذا وكذا فهو خارج عن الإسلام ، ففعل حنث ، ووجبت الكفارة ، خلافاً الشافعي - رحمه الله- في قوله : لا كفارة عليه .

دليلنا : أن هذا حالف بدلالة قوله ﷺ : « من حلف بملة غير الإسلام ، فإن كان كاذباً فهو كما قال ، وإن كان صادقاً فلن يعود كما كان »[٣] وإذا ثبت أنه حالف دخل تحت قوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ وروى أبوبكر بن جعفر من أصحابنا بإسناده عن النبي ﷺ في الرجل يقول : هو يهودي ، أو مجوسي ، أو بريء من الإسلام في اليمين يحلف عليها في هذه الأشياء قال : « عليه كفارة يمين »[٤] وهذا نصه .

ولأن البراءة من الإسلام والرسول توجب الكفر ، فجاز أن يكون به حالفاً ، وتجب به الكفارة إذا حنث ، دليله : والله تعالى ؛ ولأن القسم تعظيم للمقسم به أن لا يكون منه ما حلف عليه ، فإذا قال : هو كافر إن فعل كذا وكذا ، فكأنه

---

(١) رواه البخاري بنحوه في الأدب (٥٧٢٥) .

(٢) لم أجد هذه اللفظة .

(٣) رواه البخاري بنحوه في الجنائز (١٢٩٧) ، ومسلم في الإيمان (١١٠) .

(٤) رواه البيهقي (١٠/ ٣٠) وقال : لا يصح .

قال: هو بريء من عبادة الله تعالى إن فعل كذا وكذا، والعبادة لا يستحقها غير الله تعالى، وإذا عقد يمينه بضرب من التعظيم لا يستحقه غير الله تعالى وأكله الخبز كان يميناً، كقوله: والله تعالى؛ لأنه يجوز استباحة التكفير لحق الله تعالى بحال، كما يجوز إباحة الاستحقاق بأسماء الله تعالى لحقه بحال، ثم جاز أن يكون حالفًا باسم من أسمائه، كذلك ههنا.

وقوله: (أو بتحريم مملوكه أو شيء من ماله) فقال: أنت عليّ حرام إن فعلت كذا وكذا، أو مالي حرام إن فعلت كذا، فإذا حنث كان عليه كفارة يمين، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله: إذا حرّم أمته على وجه اليمين كان عليه كفارة، وأما إن حرم ماله فلا كفارة عليه.

دليلنا: أن هذا يمين، بدلالة قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ﴾ [المائدة: ٨٧] ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ﴾ إلى قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ١-٢]. وروي أن النبي ﷺ حرّم العسل على نفسه، فعاتبه الله تعالى على ذلك وجعله يميناً[1]، وإذا ثبت أنه يمين دخل تحت قوله: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾؛ ولأنه حرم على نفسه ما أباحه الله فوجب أن يتعلق به الكفارة، كما لو قال لامرأته أو لأمته: أنت عليّ حرام، أو حرمتك على نفسي، فإن شئت قلت: منع نفسه منه بلفظ التحريم، فأشبه ما ذكرنا؛ ولأنه لفظ لو منع به نفسه عن أمته وزوجته تعلقت به كفارة، فإذا منع نفسه عن الطعام والشراب تعلقت به الكفارة، دليله: والله.

---

(١) رواه البخاري في التفسير (٤٦٢٨)، ومسلم في الطلاق (١٤٧٤).

وقوله : (أو بنحر ولده) وهو أن يقول : إن فعلت كذا وكذا فولدي نحيرٌ ، وأنا انحر ولدي إن فعلت كذا ، فإذا حنث كان عليه الكفارة ، وفي صفتها روايتان ، أحداهما : شاة ، والثانية كفارة يمين ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا كفارة عليه بهذا القول .

دليلنا : أن إبراهيم - عليه السلام - لزمه ذبح ولده ، ثم كان موجبه شاة ، وشرائع من كان قبل نبينا لازمة لنا ما لم يثبت نسخها ، والذي يدل على أنه لزمه ذبح ابنه أن صاحب التاريخ وغيره ذكر أنه ينحر أول ولد له ، فأمره الله تعالى أن يغرم على الوفاء بنذره ، ثم فداه بذبح عظيم ، والفداء ما قاوم الشيء وأمضاه ، روي عن ابن عباس أن من نذر ينحر ولده فعليه شاة [1] ، وقول الصحابي إذا خالف القياس حمل على أنه قال توقيفاً .

ولأن من كان موجبه في شريعة من كان قبلنا شاة ، كان موجبه في شريعة نبينا شاة ، دليله : لو قال : لله عليّ أن أذبح شاة ، فإذا قلنا بالرواية الأخرى فوجهه أن ما وجب كغيره لم تكن كفاراته شاة ، دليله : اليمن بالله تعالى ، أو نقول مكان كفارته كفارة يمين ، دليله : ما ذكرنا .

وقوله : (أقسم بالله إن فعلت كذا) فهو يمين يجب بها كفارة نواه أو لم ينوه ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يكون يمينًا إلا بالنية.

دليلنا : أن اللفظ يحتمل اليمين ، فإذا خرج مخرج التأكيد للخبر كان يمينًا ، كما لو قال : والله لأفعلن كذا .

وقوله : (أشهد بالله) فهو يمين أيضاً نواه أو لم ينوه ، خلافاً للشافعي

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٢٦٦٠) بلفظ : « يهدي ديته أو كبشًا » .

رحمه الله في قوله : لا يكون يميناً ما لم ينوه .

دليلنا : أن اللفظ يحتمل اليمين ، فإذا أخرجه مخرج التأكيد للخبر كان يميناً، كقوله: والله لأفعلن كذا .

وقوله : (أغرم بالله) فهو يمين أيضًا ، خلافًا له في أنه لا يكون يمينًا حتى ينوه .

دليلنا : ما تقدم من أنه يحتمل اليمين ، فإذا أخرجه مخرج التأكيد للخبر كان يمينًا ، كقوله : والله لأفعلن كذا

وقوله : (وأمانة الله لأفعلن كذا) . فهو يمين ، خلافاً له أيضاً في قوله : ليس بيمين .

دليلنا: أن الأمانة إذا أضيفت إلى الله تعالى صارت صفة من صفات ذاته ، ألا ترى أنه لا يصح أن يوصف بضدها ، فيجب أن تكون يمينًا ، كقوله : وقدرة الله وجلاله .

مسألة : قال : (ولو حلف بهذه الأيمان كلها على شيء واحدٍ، فحنث : لزمته كفارة واحدة) ظاهر كلامه أنه لو حلف بهذه الأيمان على أشياء وحنث فيها أن عليه كفارات ؛ لأنه خص ذلك بشيء واحد ، والمذهب أن الكفارات إذا اتفقت تداخلت ، سواء كانت على فعل واحدٍ أو على أفعال مختلفة ، نص على ذلك في رواية الكوسج ، وذكره أبوبكر بن جعفر ، خلافًا للشافعي - رحمه الله - وغيره في قولهم : لا تتداخل .

دليلنا: أن الكفارات بمنزله الحدود قال ﷺ: «الحدود كفارات لأهلها»[1]

---

(١) روى هذا المعنى البخاري في الإيمان (١٨) ، ومسلم في الحدود (١٧٠٩) .

ثم ثبت أنه لو زنى بجماعة نساء ، أو سرق من جماعة فحد واحد ، كذلك في الكفارات .

ووجه نقله الخرقي : أنها إذ كانت على شيء واحد يمين واحدة إنما عطف بعضها على بعض ، فهو كقوله : والله الطالب الغالب . أنه يمين ، وإنما عطف عليه تأكيدًا ، وليس كذلك إذا كانت على أشياء ؛ لأنها أيمان ، فلهذا كان فيها كفارات ، والذي يدل على أنها يمين واحدة أن الذي يحصل فيها حنث واحد ، وليس كذلك إذا كانت على أشياء ؛ لأنها أيمان ، بدليل أن الحنث يتكرر بها .

مسألة : قال : (ولو حلف على شيء واحد يمينين مختلفتي الكفارة ، لزمه في كل واحدة من اليمينين كفارتها) وذلك مثل أن يحلف لا يدخل دارًا بعينها بالله تعالى ، وبالظهار ، وبنحر ولده ، فمتى حنث كان عليه ثلاث كفارات ، كفارة يمين ، وذبح شاة عن ولده ؛ لأن كفاراتها مختلفة ، فلم يدخل بعضها في بعض كالحدود إذا اختلفت مثل السرقة والزنى وشرب الخمر وحد القذف إذا ترادفت عليه استوفى جميعها لاختلافها في أنفسها ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (ولو حلف بحق القرآن لزمه بكل آية كفارة يمين) خلافاً لأكثرهم في قولهم : تلزمه كفارة واحدة ، وقد روي عن أحمد - رحمه الله - مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى مجاهد قال رسول الله ﷺ : « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين فمن شاء بر ومن شاء فجر »[1] .

وعن ابن مسعود أنه سمع رجلاً يقول : لا وسورة البقرة . فقال عبدالله :

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٥٩٤٨) ، وابن أبي شيبة (١٢٣٥٧).

بكل آية كفارة يمين [١] .

ووجه الثانية : أن القرآن بمجموعه صفة من صفات الله تعالى فتعلق بمجموعه كفارة يمين ، كما لو حلف بغيره من الصفات .

مسألة : قال : (وقد روي عن أبي عبدالله - رحمه الله - فيمن حلف بنحر ولده روايتان : إحداهما : كفارة يمين ، والأخرى : يذبح كبشاً) . وقد تقدم الكلام على هذا فلا نعيده .

مسألة : قال : (ومن حلف بتحريم زوجته لزمه ما يلزم المظاهر نوى الطلاق أو لم ينوه) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : إن نوى به طلاقاً كان طلاقاً ، وإن نوى به ظهاراً كان ظهارًا ، أو إن نوى تحريم عينها لم تحرم عليه ، وعليه كفارة يمين ، فلا تكون يمينًا ، وإن أطلق فعلى قولين : أحدهما : لا شيء عليه ، والثاني : تجب به كفارة يمين وليس بيمين .

دليلنا : أنه حرمها على نفسها فكان ظهاراً ، دليله : لو شبهها بمحارمه ، يؤكد صحة هذا : أنه إذا قال : أنت عليّ كظهر أمي ، فقد شبهها بالمحرمات ، وإذا قال : أنت عليّ حرام ، فقد نصّ على تحريمها ، والنص على الشيء أقوى مما شبهه به ، أو نقول : تحريم فرج فلا يكون كناية في الطلاق ، دليله . لو قال: أنت عليّ كظهر أمي.

مسألة : قال : (ومن حلف بعتق ما يملك فحنث عتق عليه كل ما يملك من عبيده وإمائه ومدبريه وأمهات أولاده ، ومكاتبيه وشقصًا يملكه من مملوك) إنما لزمه عتق مماليكه بالحنث ، لأنه تعليق عنه بصفة ، بدليل أن الصفة إذا

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٥٩٥٠) ، وابن أبي شيبة (١٢٣٥٩) .

وُجدت وقع العتق لا من حيث النذر ، ويفارق هذا إذا حلف بصدقة ماله وحنث كفر ؛ لأن الحنث حصل من ناحية المخالفة للقسم ، ألا ترى أنه إذا وجد الشرط من غير إحداث إيقاع وهو إذا قال : مالي صدقة ، لم يصر صدقة من غير أن يتصدق به ، ثم الكلام على كل واحد منهما على التفصيل ، أما العبد والأمة القن فلا إشكال في عتقهم ؛ لأنهم رقيقه ومماليكه على الإطلاق ، وأما المدبر فهو العبد القن أيضاً ؛ لأنه في حكمه بدليل أنه يتصرف فيه على الإطلاق بالبيع والهبة والإجارة والاستخدام والاستمتاع إذا كانت أمة ، ولأنه يعتق في الخصوص ، وهو إذا خصه بالعتق ، كذلك في العموم ؛ ولأن أكثر ما فيه أنه علق عتقه بصفة في الموت ، وهذا لا يمنع ، بدليل أنه لو علق عتقه بدخول الدار فإنه يدخل في الجملة .

وأما أم الولد فتعتق أيضاً ؛ لأنها في حكم الأمة القن ، بدليل أنها تؤجر وتستخدم ، ويستمتع بها ، وتزوج ؛ لأن القصد من العتق تكميل أحكام العبد بأن يكون من أهل الشهادات والولايات والعبادات ، وبوجود العتق يوجد ذلك فيها ، فيجب أن يصح ، ولم يصح بيعها ؛ لأن القصد من البيع التمليك في مقابلة الثمن ، وهناك بسبب حرية مستقرة تمنع منه ، فلهذا لم يصح .

وأما المكاتب فيعتق أيضًا ، خلافًا للشافعي – رحمه الله – في قوله : لا يعتق في الجملة .

دليلنا : قوله – عليه السلام – : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم »[1] . فسماه عبدًا ، فيجب أن يدخل تحت العموم .

---

(١) رواه أبوداود في العتق (٣٩٢٦) قال الألباني: حسن .

ولأن أحكامه أحكام العبيد في باب الشهادات والولايات والعبادات والميراث ، فإذا كان في حكم الرقيق كان في عموم الرقيق داخلًا .

ولأنه يعتق في الخصوص ، وهو إذا خصه بالعتق ، كذلك في العموم .

ولأن الكتابة تعليق عتق بصفة ، وهي الأداء ، فلم يمنع دخوله في الإطلاق، كالتدبير .

ولأن القصد من العتق تكميل أحكام المعتق من الوجه الذي ذكرنا ، وهذا المعنى موجود في المكاتب .

وأما إذا كان شقصًا في عبيد ، مثل أن يكون له نصف عشرة أعبد مشاعًا أعتقناهم ، خلافًا لما روى مهنا عن أحمد - رحمه الله - أنهم لا يدخلون تحت الإطلاق إلا بالنية .

وجه ما نقله الخرقي : أن كل من كان له نصف عشرة أعبد فله خمسة في التحقيق ، فلهذا عتقوا .

ولأنه يعتق في الخصوص ، فعتق في العموم ، كالعبد الكامل ؛ ولأن القصد تكميل أحكامه ، وهذا يوجد في البعض .

مسألة : قال : (ومن حلف فهو مخير في الكفارة قبل الحنث أو بعده ، سواء كانت الكفارة صومًا أو غيره إلا في الظهار والحرام فعليه الكفارة قبل الحنث) . خلافًا لأبي حنيفة في قوله : لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث .

وخلافًا للشافعي في قوله : يجوز تقديمها بالعتق والإطعام ، ولا يجوز بالصيام .

دليلنا على أبي حنيفة : ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال : « من حلف

على يمين، فرأى غيرها خيرًا منها، فليكفر عن يمينه، وليأت الذي هو خير»[1].
وحقيقة الواو تقتضي الجمع ، فاقتضى ذلك جواز تقديم الكفارة على الحنث وتقديم الحنث على الكفارة .

وروى عبدالرحمن بن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفرثم إت الذي هو خير »[2] .

ولأن الكفارة مال مضاف إلى سبب فجاز إخراجه بعد وجوده ، كذلك كفارة اليمين مضافة إلى اليمين ، فجاز إخراجها بعد اليمين ، والدلالة على أن اليمين سبب في وجوب الكفارة : هو أنها مضافة إليها ، وكل ما أضيف إلى الغير كان سبباً في وجوبه كالزكاة .

ولأنه تكفير بعد وجود أحد سببيه ، فجاز ، دليله : كفارة القتل إذا أخرجها بعد الجراحة وقبل الموت .

والدلالة على جواز تقدمه الكفارة بالصيام : ما تقدم من حديث أبي هريرة وعبدالرحمن « كفر عن يمينك وائت الذي هو خير » ولم يفرق بين أن تكون الكفارة صوماً أو غيره ، ولأن الصوم أحد الأنواع المكفر بها فجاز تقديمه ، دليله : العتق والإطعام ، وكل حال جاز أن يكفر عن يمينه فيها بالعتق جاز أن يكفر عنها بالصوم ، دليله : بعد الحنث ، ولا يجوز تأخيرها بعد الحنث ؛ لقوله تعالى : ﴿مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة : ٣] . فأوجب الكفارة قبل المسيس ، وقد تقدم الكلام في الظهار ، وحكم الحرام حكم الظهار ، ولأن

---

(١) رواه مسلم في الأيمان (١٦٥٠) .

(٢) رواه البخاري في الأيمان والنذور (٦٢٤٨) ، ومسلم في الأيمان (١٦٥٢) .

الحرام ظهار ، ويجب فيه كفارة الظهار ، فلهذا وجب تقديمه عليه .

مسألة : قال : (وإذا حلف بيمين فقال :إن شاء الله ، فإن شاء فعل ، وإن شاء ترك ، ولا كفارة عليه ، إذا لم يكن بين اليمين والاستثناء كلام) . والدليل على ذلك أن الاستثناء يصح في اليمين بالله تعالى : قوله عز وجل : ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾ وَلَا يَسْتَثْنُونَ ﴿١٨﴾﴾ [القلم :١٧ - ١٨]، فوبخهم على ترك الاستثناء ، فلو لم يؤثر فيها لما وبخهم على تركه .

وأيضاً روى أبوداود عن أحمد - رضي الله عنه- ، عن سفيان ، عن أيوب ، عن نافع ، عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من حلف على يمين فقال : إن شاء الله فقد استثنى »[١] .

وروى طاووس ، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث »[٢] .

قوله : (إذا لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام) ، خلافاً لابن عباس في قوله : « إذا لم يكن إجازته منفصلاً عن اليمين »[٣] .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه »[٤] . ولو كان الاستثناء يعمد

---

(١) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٦١) . قال الألباني : صحيح .

(٢) رواه الترمذي في النذور والأيمان (١٥٣٢) ، والنسائي في الأيمان والنذور (٣٨٥٥) . قال الألباني : صحيح .

(٣) رواه الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٠٣) بلفظ : « له أن يستثني ولو إلى سنة » .

(٤) سبق تخريجه .

أبداً لكفاه الاستثناء عن الكفارة فإنه أسهل عليه ، فإذا خلصه بالكفارة ثبت أنه لا يتخلص بالاستثناء .

ولأن الاستثناء إذا لم يتصل بالكلام سقط كقوله : له عليّ عشرة ، ثم قال بعد يوم : إلا خمسة ، أو قال : أنت طالق ، ثم قال بعد يوم : إن دخلت الدار ، أو قال لا إله ، ثم قال بعد يوم : إلا الله ، فإنه بالأول كافر ، وقوله بعد يوم : إلا الله ، لا يتصل بالكلام حكماً .

مسألة : قال : (وإذا استثنى في الطلاق أو العتاق ، فأكثر الروايات عن أبي عبدالله – رحمه الله – أنه توقف عن الجواب ، وقد قطع في موضع أنه لا ينفعه الاستثناء) خلافاً لأبي حنيفة وللشافعي رحمهما الله في قولهما : ينفعه الاستثناء ، ولا يقع الطلاق .

دليلنا : هو أن هذا اللفظ يصلح في الشرع لأمرين ؛ أحدهما : أن يكون شرطاً ، كقوله : إن شاء زيد .

والآخر: يكون استثناء ، كقوله : والله لا فعلت كذا وكذا إن شاء الله . وليس يخلو تعليق الطلاق في هذا الموضع من أحد أمرين : إما أن يقصد به الشرط ، أو الاستثناء ، فإن قصد به الشرط وهو الذي يقتضيه ظاهر اللغة ؛ لأن (إنْ) من حروف الشرط ، لم يصح هذا الشرط ؛ لأنه علق الطلاق بشرط لا سبيل إلى العلم به ، فوجب أن يقع الطلاق ، ولا يؤثر تعليق الشرط به ؛ كما لو قال : أنت طالق إن لم تصعدي إلى السماء ، وإن لم تكوني حاملاً أو حائلًا ، فإن الطلاق يقع في الحال بتعذر ذلك مع أنه جائز في قدرة الله وجوده ، كذلك ههنا .

وأيضاً فإنا نقول : قد علمنا أن الله تعالى قد شاء الطلاق بوقوع هذا اللفظ ؛

لأن أفعالنا وأقوالنا تقع بمشيئة الله تعالى ، فما وقع قد شاء الله وقوعه ، وما لم يشأ لم يقع، فإذا كان كذلك وجب أن يقال : إن الله تعالى قد شاء الطلاق بوقوعه من المطلق ، فقد علم وقوع الطلاق الذي علق به ، فهو كما لو قال : إن شاء زيد ، وقال : زيد شئت ، وجب أن يطلق بمشيئته ، كذلك ههنا . فهذا الكلام عليه إذا قصد به الشرط ، وأما إن قصد به الاستثناء لم يصح أيضاً لفظاً من وجوه ؛ أحدها : إن في اللغة من حروف الشرط لا من حروف الاستثناء ؛ لأنه يخالف بها موضعها ؛ ولأنه استثناء في طلاق لرفع جميعه في الحال والمآل ، فوجب أن لا يعمل فيه ، أصله : إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً.

وقولنا : « يرفع جميعه » . احتراز من قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ؛ لأنه يعمل في رفع البعض .

وقولنا : « في الحال والمآل » احتراز من الطلاق المعلق بمشيئة زيد ، وبدخول الدار ، لأنه لا يقع الطلاق في الحال ؛ ولأن الاستثناء أضعف من الكفارة، بدليل: أن الكفارة يؤتى بها متصلة ومنفصلة، وليس كذلك الاستثناء، قد ثبت أن الكفارة لا تدخل في يمين الطلاق ولا يرفعها، فكان الاستثناء اولى.

مسألة : قال : (وإذا قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق إن تزوج بها، وإن قال : إن ملكت فلاناً فهو حر ، فملكه صار حراً) خلافاً لأبي حنيفة : يقع الطلاق والعتق . وللشافعي في قوله : لايقع الطلاق ولا العتق ، وقد روي عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

فالدلالة على أن الطلاق لا يقع : ما روى ابن عباس [١] وجابر [٢] وعائشة [٣] رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال : « لا طلاق قبل نكاح » ، وكل من لم يقع طلاقه المباشر لم ينعقد له صفة ، كالمجنون ، وعكسه الزوج ، وكل من لم تنعقد صفته المطلقة لم تنعقد صفته المضافة إلى الملك، كالصغير والمجنون.

والدلالة على أن العتق يقع : أنه عتق مضاف إلى الملك والعقد ، كالسيد إذا قال لعبد : إن دخلت الدار فأنت حر ، ثم الفرق بين الطلاق والعتاق من وجهين ، أحدهما : أن العتق قربة ، فقلبنا حكمه ، وليس كذلك الطلاق ؛ لأنه ليس هو بقربه ، بل هو مكروه ، قال ﷺ : « ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق ، وأحب إليه من العتاق » [٤] .

ولأن العتق قد يسري في غير ملك ، وهو إذا أعتق شقصاً له في عبد وهو موسر عتق عليه حصة شريكه ، وإن لم يكن مالكاً فقد حصل له سراية فيما لا يملك ، وكذلك لو أفرد الحمل بالعتق نفذ العتق وإن لم يستقر له عليه ملك ، والطلاق لا يقع إلا في عقد وملك .

ووجه الثانية : أن العتق والطلاق يجريان مجرى واحد ، بدليل : أن لهما تغليب أو سراية ، ثم ثبت أن الطلاق إذا علقه قبل الملك لم ينفذ ، كذلك العتاق .

مسألة : قال : (ولو حلف أن لا ينكح فلانة ، أولا اشتريت فلانًا ، فنكحها

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٨١٢٠) .

(٢) رواه عبد الرزاق (١٣٨٩٩) ، والحاكم (٢/ ٤٢١) .

(٣) رواه ابن أبي شيبة (١٨١١٧) .

(٤) رواه عبد الرزاق (١١٣٣١) ، والدارقطني (٤/ ٣٥) ، والبيهقي (٧/ ٣٦١) .

نكاحاً فاسداً ، أو اشتراها شراءً فاسدًا ، لم يحنث) ، وذلك لأن إطلاق البيع يقتضي بيعاً شرعياً ، والبيع الشرعي هو البيع الصحيح ، وكذلك النكاح ، فإذا كان فاسداً لم تصح الصفة ، ولأن البيع له أحكام يختص به وقوع الملك وثبوت خيار المجلس بإطلاقه وخيار الشرط بالشرط ، وأحكام لا تخصه ، وهو تعليق العتق والطلاق بوجود ، فإذا كان فاسداً لم تتعلق به الأحكام التي تخصه ، فبأن لا تتعلق به الأحكام التي لا تختص به أولى .

مسألة : قال : (ولو حلف أن لا يشتري فلاناً ، أو لا يضربه ، فوكل في الشراء ، أو الضرب ، حنث ما لم يكن له نية) يعني أن لا يباشر الشراء أو الضرب بنفسه ، فوكل في ذلك لم يحنث ؛ لأنه نوى بيمينه شراء بصفة وضرباً بصفة وهو مباشرته لذلك ، فيجب أن لا يحنث لعدم الصفة ، والأيمان يرجع فيها إلى النية ، ويأتي الكلام على اعتبار النية في الأيمان في مسألة منفردة .

وإن أطلق ولايته له حنث ، خلافاً فللشافعي رحمه الله في قوله : لا يحنث إلا أن يكون ممن لا يتولى شراء الحاجة بنفسه .

دليلنا : أن بولاية وكيله للبيع يقع الاسم عليه أنه باع ، فيقال : فلان باع واشترى ؛ لأن البيع هو زوال الملك ، فإذا وقع الاسم عليه ينبغي أن يحنث ، وتحريره أنه نقل على وجه البيع ، فيجب أن يحنث ، دليله: لو كانت له نية ، أو كان له سلطان ؛ ولأنه لو دل على الصيد منع منه كما يمنع من المباشرة ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإذا حلف بعتق أو طلاق أن لا يفعل شيئاً ، ففعله ناسياً حنث) وقد تقدم شرح هذه المسألة ، وذكرنا أن يمينه إن كانت بالله تعالى على أن لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً لم يحنث ، وإن كانت اليمين بالطلاق

والعتاق حنث ، وحكينا الخلاف في أول الكتاب .

مسألة : قال : (ومن حلف فتأول في يمينه ، فله تأويله إذا كان مظلوماً ، وإن كان ظالماً لم ينفعه تأويله) لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: « يمينك على ما يصدقك به صاحبك»[١] .

أما إذا كان مظلوماً فله تأويله ، وهو أن يستحلفه السلطان ظلماً على أنه لا يخفي عنه شيئاً من متاعه الذي يرد به من بلد ليأخذ ضريبته ، أو يستحلفه أنه لم يرد له شيء من متاعه ، أو على أن لا يتعامل إلا بدراهمه أو بدنانيره ويمتنع من شرائها ، فمتى تأول في يمينه صح تأويله ؛ لما روى سويد بن حنظلة قال: خرجنا نريد رسول الله ﷺ ومعنا وائل بن حجر ، فأخذه عدو له ، فتحرج القوم أن يحلفوا ، وحلفت أنا أنه أخي ، فخلي عنه ، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له قال : « إن كنت أبراهم وأصدقهم، صدقت المسلم أخو المسلم»[٢] وهذا نص في صحة التأويل في يمين موضوعة على الظلم ، أو يمين بغير حق .

ولأنه لما جاز أن يؤثر ذلك في رفع اليمين جاز أن يؤثر في صحة التأويل ، وهو أنه إذا أكره على الطلاق لم يقع طلاقه؛ لأنها يمين بغير حق، كذلك ههنا.

وأما إن كان ظالماً في يمينه لم ينعقد تأويله ، وهو أن يدعي عليه حق فيحلف كاذباً أنه لا حق له قبله ، ويتأول ونحو ذلك ، فلا ينفع التأويل ؛ لما روى أبوهريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ « يمينك على ما يصدقك

---

(١) رواه مسلم في الأيمان (١٦٥٣) .

(٢) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٥٦) ، وابن ماجة في الكفارات (٢١١٩) ، وأحمد (٤/ ٧٩) . قال الألباني : صحيح .

عليه صاحبك»[١] وهذا نص ، فإنه قطع تأويله ، وحكم أن يمينه على ما يستحلفه عليه خصمه .

ولأنا لو سوغنا له التأويل في هذه اليمين بطل المبتغى باليمين ، وذلك أن المعنى المبتغى باليمين الردع والزجر للحالف لينتهي عن الجحود للحق خوفاً من المعاقبة بيمين كاذبة ، فإذا سوغنا له التأويل فيها حصل ذلك ذريعة إلى أن كل من أراد أن يجحد حلف وتأول في اليمين بتأويل يسقط عنه حكمها وإثمها، فلهذا لم يصح ، ويفارق هذا القسم الأول ؛ لأنه مظلوم . وبالله الإيمان والتوفيق .

* * *

(١) سبق تخريجه .

باب الكفارات

الأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ۖ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ۚ ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة:٨٩].

وأيضاً روي عن النبي ﷺ قال : «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن يمينه»[١] وفي خبر آخر : «فليكفر وليأت الذي هو خير»[٢] والأخبار في ذلك كثيرة .

مسألة : قال أبو القاسم : (وإذا وجبت عليه بالحنث كفارة اليمين ، فهو مخير إن شاء أطعم عشرة مساكين مسلمين أحراراً ، كباراً كانوا أو صغاراً قد أكلوا الطعام ، لكل مسكين مُدّ من حنطةٍ أو دقيق أو رطلين خبز ، أو مدان شعيرًا أو تمرًا) .

أما قوله : « إذا حنث وجبت الكفارة بالحنث » معناه : أنها لم تجب بعقد اليمين، والدلالة عليه : ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»[٣] فقد أمره بالكفارة بعد الحنث ، فلو كان وجوبها بعقد اليمين لم

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

يؤخرها عن ذلك ، وقد روى لفظ آخر : « فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير »[1] وهذا محمول على طريق الجواز لتقدمه الكفارة .

ولأن الكفارة تراد لهتك حرمة القسم بالحنث ، ألا تراها لا تجب إلا في قسم له حرمة ، وليس في عقد اليمين هتك لحرمة القسم ، بل فيه تعظيم له ، ألا ترى إلى قول النبي ﷺ « لا تحلفوا بآبائكم ، ولا بالأنداد ، ولا تحلفوا إلا بالله »[2] فأمر بالحلف بالله ؛ لأن فيه تعظيماً للقسم ، ولهذا تعلقت بالحنث لا غير .

وقوله : (هو مخير إن شاء أطعم) وإن شاء كسا وإن شاء أعتق ، فإن لم يجد من هذه الثلاثة واحدة صام ثلاثة أيام متتابعة . معناه : أن كفارة الأيمان فيها ترتيب وتخيير ، فالتخيير في أولها بين الطعام والكسوة والعتق والترتيب في آخرها وهو الصيام إذا لم يقدر على الثلاثة وذلك بنصّ القرآن بقوله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة: ٨٩] وهذا نص فيما ذكرنا .

ثم بعد هذا فالكلام على كل نوع منها على التفصيل فقال : « إطعام عشرة مساكين أحرار مسلمين » فأما العدد فهو بنص الآية وهو قوله تعالى : ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ .

وقوله : « أحرار » معناه لا يعطى العبد منها شيئاً ، لأنه غني بسيده ، فهو كالولد ، والولد غني بأبيه .

ولأن يده كيده ، ولو أعطي وهو غني لم يجز ذلك إذا أعطاه ، ولأنه لا

(١) رواه النسائي في الأيمان والنذور (٣٧٨١) . قال الألباني : حسن صحيح .

(٢) رواه البخاري بنحوه في فضائل الصحابة (٣٦٢٤) ، ومسلم في الأيمان (١٦٤٦) .

يملك ما يدفع إليه .

وقوله : « مسلمين » معناه أن الكفار لا يجوز صرفها إليهم ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يحوز صرفها إلى الكفار .

دليلنا : أن كل من لم يجز دفع الزكاة إليه لم يجز دفع الكفارة إليه كالغني .

ولأنه مال يجب على وجه الطهرة ، فلم يجز صرفه إلى أهل الذمة ، كزكاة المال ؛ ولأنه منقوص بالكفر ، فلم يجز صرف الكفارة إليه ، دليله : الكافر الحربي .

وقوله : « كبارًا كانوا أو صغارًا قد أكلوا الطعام » ظاهره أنهم إذا لم يأكلوا الطعام لصغر لم يجز صرفها إليهم ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يجوز دفعها إلى وليه وإن لم يأكل .

دليلنا : قوله تعالى ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ فظاهر هذا يقتضي أن يعطي من قد طعم حتى يصح إطعام ، ولأنه إذا لم يطعم الطعام فإنه لا ينتفع بها على جهتها وإنما ينتفع بقيمتها ليصرف فيما يحتاج إليه ، فيحصل كأنه قد دفع القيمة في الكفارة ، وإخراج القيمة في الكفارة لا يجزئ .

وقوله : « لكل مسكين من حنطة أو دقيق أو رطلين خبزًا » إنما كان مقدرًا بمد؛ لما روي عن ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم قالوا : المظاهر يطعم مدين شعير مكان مد ، فقد نصّ على أنه يجزئ مدين . . . .

ولأن في العادة كفاية له في قوت يومه ويقوم به إنما كان مقدر علي ؛ لما روى عن ابن عمر وابن البدن ، فلهذا لم يلزم زيادة عليه . ـــــــــ

والدلالة على جواز إخراج الدقيق والخبز ، خلافاً للشافعي : قوله تعالى:

﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ وهذا عام في كل مطعوم .

ولأنه بالطحن والخبز لم يخرج من حدّ الاقتيات فلم يمنع من إخراجه في الكفارة، دليله : لو غسل الحنطة وقشرها وأخرجها فإنها تجزئ، كذلك ههنا، ولا يلزم عليه لو صنعه خبزًا أو نشأ أو أصلحها عصيدة وهريسة أنها لا تجزئ ؛ لأنه خرج عن حدّ الاقتيات .

وقوله : « أو نصف صاع تمر أو شعير » ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : يجزىء مدين [من] الشعير والتمر .

دليلنا : ما تقدم في كفارة الظهار بإخراج ثلاثين صاعاً من التمر بين ستين مسكيناً ، فدل على أنه لا يجزئ أقل من نصف صاع تمر ، وفي حديث أبي يزيد المدني قال للمظاهر «أطعم مدين من شعير مكان مدبر»[1] .

وعن أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهما في الحامل والمرضع إذا أفطرتا كفرتا عن كل يوم مسكيناً مدبر أو مدين شعير أو تمر ، وكذلك عن زيد بن ثابت وابن عباس ؛ ولأنه تكفير بالطعام ، فلا يجزىء فيه مدين من التمر لكل مسكين ، دليله : فدية الأذى .

مسألة : قال : (ولو أعطاهم مكان الطعام أضعاف قيمته ورقًا لم يجزه) خلافاً لأبي حنيفة في إجازته إعطاء القيمة في الكفارة .

دليلنا : قوله تعالى ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ الآية ، وظاهرها يقتضي وجود إطعام ، فلو قلنا : يجوز إخراج القيمة تركنا الظاهر ؛ ولأن الإطعام أحد ما يكفر به ، فلم يجز إخراج قيمة كالعتق لاختلاف أنه لا يجوز إخراج قيمة

---

(١) رواه البيهقي (٧/ ٣٩٢) .

الرقبة في الكفارة، كذلك في الإطعام.

ولأنه مخرج في التكفير على وجه التقويم فلم يجز، كما لو أخرج سكنى الدار.

مسألة: قال: (ويعطى من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله) يعني بذلك الإخوة والأخوات والعمومة ونحوهم إذا لم يكونوا في نفقته؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « صدقتك على غير أهلك صدقة، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة »[1] وقال ﷺ: « أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح »[2] يعني المعادي، وقال ﷺ: « لا صدقة وذو رحم محتاج »[3] يعني في الفضل، فإن كانوا في نفقته لم يجز دفع الصدقة إليهم، كما لا يجوز دفعها إلى الوالدين والمولودين؛ لأنهم أغنياء بنفقته؛ ولأنه إذا فعل هذا سقطت نفقتهم، فيعود نفع الدفع إليه.

مسألة: قال: (ومن لم يصيب إلا مسكيناً واحداً ردد عليه في كل يوم تتمة عشرة أيام). ظاهر هذا أنه إذا أصاب عشرة مساكين لم يجز دفعها إلى مسكين واحدٍ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز دفعها إلى مسكين واحد في عشرة أيام.

دليلنا: قوله تعالى: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾. والإطعام فعل متعدٍ إلى

---

(١) رواه الترمذي في الزكاة (٦٥٨)، والنسائي في الزكاة (٢٥٨٢)، وابن ماجة في الزكاة (١٨٤٤).

(٢) رواه أحمد (٥/ ٤١٦).

(٣) لم أجده مرفوعًا.

الغير، وهم المساكين، فاقتضى الظاهر وجوب إيقاع ذلك في عشرة مساكين .

ولأنه مسكين استوفى قوت يوم من كفارة ، فإذا أعطي منها ثانيًا لم يجز ، كما لو أعطي صاعاً ثانياً في يومه ، وأما إذا لم يجد إلا واحداً رد عليه في كل يوم عشرة أيام ، فلا يجوز أن يدفع إليه الكفارة في يوم واحد ؛ لأنه إذا دفع إليه مداً فقد حصل له قوت يومه فهو مستغن به ، فلم يجز الدفع إليه ، وفي اليوم الثاني فهو محتاج إلى ذلك ، فلهذا جاز ، وإنما جاز تكرار المد على فقير واحدٍ في عشرة أيام إذا لم يجد غيره لتعذر العدد ، وقد قال الشافعي رحمه الله: يجب استيعاب الأصناف الثمانية في الزكاة ، فإن عدم بعضهم رد سهمهم على الموجودين ، كذلك في العدد في الكفارة مثله .

مسألة : قال : (وإن شاء كسا عشرة مساكين ، للرجل ثوب يجزئه الصلاة فيه ، والمرأة درع وخمار) إنما كان مخيراً في الكسوة ؛ لقوله تعالى : ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ وأما صفتها فهي كسوة تجوز الصلاة فيها ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا تتقدر ، ويجزئ ما يقع عليه الاسم .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ فعطف به عليه ، فامتنع أن يكون أقل ما يقع الاسم ؛ لأن الإطعام لا يجزئ منه ما يقع عليه الاسم ، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ؛ ولأنها عبادة يعتبر فيها الكسوة ، فلم يجز فيها ما يقع الاسم عليه كالصلاة ؛ ولأن الإطعام لا يجزئ منه ما يقع الاسم عليه ؛ كذلك الكسوة ؛ ولأن إطلاق الكسوة لا يتناول المئزر وحده إذا كان جسده عارياً ؛ ولأنه مصروف إلى المساكين في الكفارة فكان مقدراً ، دليله : الإطعام والعتق ؛ ولأن الكسوة المطلقة تنصرف إلى

الشرعية، وليس هاهنا كسوة يتعلق بها حكم في الشرع فيها ما يقع الاسم عليه، دليله: الصلاة.

مسألة: قال: (وإن شاء أعتق رقبة مؤمنة، قد صلت وصامت؛ لأن الإيمان قول وعمل)، إنما كان مخيراً في العتق؛ لقوله تعالى ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ فخير بين الإطعام والكسوة والرقبة، و[الرقبة][1] من شرطها الإيمان، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجزئ عتق الكافر.

دليلنا: قوله تعالى في كفارة القتل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء:٩٢] وأطلق في كفارة اليمين وغيرها، واستدللنا أن ما أطلق في حكم ما قيد، كما أنه أطلق حكم الشهادة في مواضع وقدرها بالعدالة في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] حمل المطلق على المقيد؛ ولأنه تكفير بعتق فكان من شرطه الإيمان، كالعتق في كفارة القتل؛ ولأن كل رقبة لم تجز في كفارة القتل لم تجز في كفارة الظهار، دليله: المعيبة، ولأنها ناقصة بالكفر، فلم تجز في الكفارة، كالوثنية.

وقوله: (قد صلت وصامت) ظاهره أنه إن كان طفلاً لا يصح منه فعل العبادات، وهو أن يكون له دون السبع لا يجزئ عتقه، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله يجزئ.

دليلنا: أنه لا يصح منه فعل العبادات لفقد التكاليف، فلا يجزئ عتقه في الكفارة، كالمجنون، ولا يلزم عليه السكران أنه يصح عتقه ولا تصح منه

---

(١) زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام.

العبادات ؛ لأن ذلك لا يفقد التكليف ، وكذلك النائم ، ولا يلزم عليه إذا كان له سبع سنين فصاعداً أنه لا يصح منه فعل العبادات ، أو نقول : لأنه غير كامل الإيمان بدليل أنه لا يصح منه فعل العبادات ، ولأن الصغر نقص ، كما أن الزمانة نقص ، بدليل أنه يستحق بكل واحد منهما النفقة على الصغير والزمن لا يجزئ ، فكذلك الطفل؛ ولأنه لا يجزئ في الغرة كذلك لا يجزئ في الكفارة.

مسألة : قال : (وتكون سليمة ليس فيها نقص يضر بالعمل) وقد تقدم شرح الكلام في كتاب الظهار ، ونشير إليه ، أما إن كان العيب يضر بالعمل ، فإنه يمنع الإجزاء ، خلافًا لداوود في قوله : لا يجزئ .

دليلنا : أن غالب ما يقتنى له العبيد للعمل والخدمة ، فوجب أن يكون الاعتبار بما يؤثر فيه ، ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام وتمليك المنافع ليكتسب أو يعيش من كسبه ، فإذا أعتقه انتقل ملك رقبته إلى الله تعالى لا إلى مالك ، وملك هو منافع نفسه ، فإذا كان به ما يؤثر في المقصود لم يجز ، والعيب الذي يفسد في العمل مثل العمى ؛ لأنه لا يمكنه حفظ شيء ولا السعي في حوائجه ، وكذلك المقطوع اليدين أو أحدهما والرجلين أو أحدهما ، وقطع الأصابع ، وكذلك الأعرج إذا كان لا يتمكن من المشي ؛ خلافاً لأبي حنيفة في قوله : المقطوع اليد والرجل من خلاف يجزئ .

دليلنا: أنه عيب يضرّ بالعمل فأشبه المقطوع اليدين والرجلين ، وإن كان العيب لا يضر بالعمل ، كالمقطوع الأذن أو بعض أصابع رجليه أو نحو ذلك فإنه لا يمتنع من الإجزاء ؛ لأنه يجري في هذا الموضع مجرى المعاوضات ، وهو أن المقصود من النكاح الاستمتاع ، فإذا كان بها عيب يمنع المقصود به

كالرتق والقرن كان له الخيار، فإذا كان لا يضر به كالعمى والقطع فلا خيار له، وكذلك المقصود من البيع الأثمان .

مسألة : قال : (ولو اشتراها بشرط العتق ، فأعتقها في الكفارة ، عتقت ولم تجزه عن الكفارة) وذلك لأنه عتق يستحق بسبب مقدم فلم يجز عن كفارته ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر . ونوى عن كفارته حين الدخول ، لم يجزئه ، وكما لو قال : إياه ونوى به العتق عن كفارته ، لم يجزئه ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وكذلك إذا اشترى بعض من يعتق عليه إذا ملكه ينوى به الكفارة عتق، ولم يجزئه) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يجزئه .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة :٣] والتحرير ما أضاف إلى محرر وحصل بفعله ، والعتق هاهنا لا يتعلق بفعله ؛ لأن العبد يقع التحرير عليه ويعتق شرعاً من غير تحرير ؛ ولأنه عتق مستحب بسبب القرابة فلم يجز صرفه إلى الكفارة ، كما لو ورث من يعتق عليه ونوى حال الإرث أن عتقه عن الكفارة لم يجزئه .

مسألة : قال : (ولا يجزئ في الكفارة أم ولد ، ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئاً) أما أم الولد فلا يجزىء عتقها في كفارته ؛ لأنه عتقها يستحق بحرمة الولادة، فلم يجز صرفه إلى الكفارة ، أصله إذا ملك بعض من يعتق عليه ونوى به عن الكفارة .

وأما المكاتب فإن كان قد أدى من كتابته شيئاً لم يجزئه ، وإن لم يؤد أجزأه على ما نقله الخرقي ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يمنع من عتقه في الكفارة بكل حال .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ وهذه رقبة ، وإطلاق الرقبة يتناولها ، الا ترى أن الله تعالى ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [التوبة : ٦٠] الآية . من إطلاق اسم الرقاب للمكاتبين .

ولأن الكتابة عتق معلق بصفة توجد في حال الحياة ، فلم تمنع من العتق في الكفارة ، كما إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، ولا يلزم عليه أم الولد ؛ لأن الصفة التي علق الحكم عليها توجد بعد الموت .

مسألة : قال : (ويجزئه المدبر، والخصي، وولد الزنا) أما المدبر فيجزئ ؛ لأنه عبد قن بدلالة أنه يملك بيعه وإجارته وسائر أحكام العبيد ، وأما الخصي فيجزئ أيضاً ؛ لأنه أكثر ثمناً وأكثر عملاً ، فإن الفحل شغله شهوته ، وهذا فلا يشغله عن العمل شيء ، وأما ولد الزنا فيجزىء عتقه ؛ لأنها رقبة مسلمة سليمة تامة الملك لم يحصل عن شيء منها عوض ، فأجزأت عن الكفارة ، دليله : الصحيح النسب .

مسألة : قال: (فإن لم يجد من هذه الثلاثة واحداً ، صام ثلاثة أيام متتابعة) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يجوز صومها متفرقة .

دليلنا : على جواز الانتقال إلى الصيام عند عدم الإطعام قوله تعالى : ﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ [المائدة :٨٩].

والدلالة على أنها متتابعة : قوله تعالى : ﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖ﴾ فنقله إلى الصيام عند عدم الوجود، في قراءة ابن مسعود: ثلاثة أيام متتابعة[1]،

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٦١٠٢ ، ١٦١٠٣) ، وابن أبي شيبة (١٢٥٠٤) .

وفي قراءة أبي : متتابعات[١] ، وهذه قراءة شاذة ، فهي تجري مجرى خبر الواحد ؛ لأن من قرأ بها فإنما يرويها عن النبي ﷺ فكانت كخبر الواحد ، فتكون كقوله عليه السلام « كفارة الأيمان متابعة الصيام »[٢].

ولأنه صوم في كفارة فيها عتق ، فوجب أن يكون من شرطها التتابع ، كالصوم في كفارة الظهار.

مسألة: قال: (وإذا كان الحانث عبداً ، لم يكفر إلا بالصوم). ظاهر كلامه : إن كفر بغير الصوم لم يصح ، وهذا مبني على أصل وهو إذا ملك السيد وأذن له في الإخراج ، فإن قلنا : يملك ، صح تكفيره بغير الصوم ، وهو الإطعام والكسوة ، وإن قلنا : لا يملك ، لم يصح تكفيره بغير الصيام ؛ لأنه تكفير بما لا يملكه ، ومتى لم يأذن له لم يجز تكفيره بغير الصوم ، سواء قلنا : يملك أو لا يملك ؛ لأنه وإن ملك فهو محجور ، ويكون فرضه الصيام ؛ لقوله تعالى : ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَـٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ والعبد أسوأ حالاً من الحر المعسر ؛ لأن الحر لا يملك ويصح منه الوجود ، والعبد غير واجد فلا يصح منه ، فإن كان فرض الحر المعسر الصوم فبأن يكون فرض العبد الصوم أولى .

مسألة : قال : (ولو حنث وهو عبد ، فلم يصم حتى أعتق فعليه الصوم ، لا يجزئه غيره) ظاهر كلام الخرقي أنه إن كفر بعد العتق بغير الصيام لم يجزئه ، وفي هذا القول منه نظر ؛ لأني لم أجد عن أحمد رحمه الله نصاً بما قال ، والمنصوص عن أحمد رضي الله عنه أنه يصوم بعد العتق ؛ لأنه هو الواجب

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٢٥٠٣) .
(٢) لم أجده .

عليه، ولم نقل: لا يجزئه غيره، ومعناه: أنه لا يلزمه التكفير بالمال اعتباراً بحالة الوجوب، وعندي أنه يعتبر فيه ما يعتبر في الحر الأصلي، فيكون حكمه مبنياً على اختلاف الروايتين في وقت الكفارة، فإن قلنا: الاعتبار بحالة الوجوب، فحالة الوجوب كان فقيراً فيجزئه الصيام، وإن كفر بالإطعام والإعتاق أجزأه، كالحر الفقير إذا حنث ثم أيسر يكفر بالإطعام يجزئه.

والثاني: يعتبر فيه أغلظ الأحوال من حين العتق إلى حين الأداء، فيلزمه الأغلظ فيه، ولا يعتبر من حين الوجوب إلى حين العتق؛ لأنه قبل العتق لا يملك، ولا يقال: فيه أغلظ وأخف، فعلى هذا يلزمه أن يكفر بالإطعام والكسوة والعتق كالحر سواء وما يحضرني وجه لما قاله الخرقي.

مسألة: قال: (ويكفر بالصيام من لم يفضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته مقدار ما يكفر به) ظاهر هذا أنه إذا فضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته مقدار الكفارة لم يجزئه الصيام، والدلالة عليه: قوله تعالى: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ إلى قوله: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة: ٨٩] فنقل إلى الصيام عند عدم الإطعام والكسوة، ومن فضل معه ذلك عن قوته يومه وليلته فهو واجد لها؛ ولأنه حق مال لا يزيد بزيادة المال، فاعتبر فيه الفاضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته، فهو واجد لها، دليله: صدقة الفطر، وقسمة مال المفلس.

مسألة: قال: (ومن له دار لا غنى به عن سكناها، أو دابة يحتاج إلى ركوبها، أو خادم يحتاج إلى خدمته، أجزأه الصيام والكفارة) خلافاً لمالك وأبي حنيفة في قولهما: يلزمه العتق مع حاجته إلى خدمه العبد.

دليلنا: أنه ملك يستغرق حاجته إليه، فوجب أن يكون كالعادم في جواز

الانتقال إلى البدل ، كما لو وجد الماء وهو محتاج إليه للشرب فإن له الانتقال إلى التيمم ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإن أطعم خمسة وكسا خمسة أجزأه) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يجوز .

دليلنا : أنه إخراج الجنس المنصوص عليه إلى عدد مخصوص ، فأجزأه قياساً عليه لو كسا عشرة أو أطعم عشرة ، ولا يلزم عليه إذا أعتق نصف رقبة وأطعم خمسة أو كساهم أنه لا يجزئه ؛ لقولنا « إلى عدد مخصوص » ، وكذلك لا يلزم عليه إذا أطعم خمسة وصام يومين ؛ لأن الصيام لا يوصف بأنه إخراج ، ولا إلى عدد مخصوص ، ولأن منفعة الإطعام والكسوة تتقارب ، فإن الإطعام يراد لإحياء النفس ، والكسوة أيضًا تحيى بها النفس من شدة البرد والحر ، وإذا كانت المنافع متقاربة جرت مجرى الجنس الواحد ، يبين صحة هذا : ضم الذهب إلى الفضة في الزكاة ، لما كانت أحكامها واحدة ضمها وجعلها كالجنس الواحد ، ولا يلزم عليه العتق والصيام مع الإطعام والكسوة ؛ لأن الغرض من ذلك مخالف لمسألتنا .

مسألة : قال : (وإن أعتق نصفي عبدين ، أو نصفي أمتين ، أو نصفي عبد وأمة ، أجزأ عنه) خلافاً لجماعة من أصحاب الشافعي : أنه لا يجزئه ، وبه قال أبوبكر ابن جعفر من أصحابنا .

وجه ما نقله الخرقي : أن النصف من العبدين بمنزلة العبد الخالص المفرد بدليل أن عليه فطرة نصف عبدين صاع كامل ، كما لو كان عبداً مفرداً ، وعليه زكاة نصف ثمانين شاة ، كما لو كان له أربعون شاة منفردة ، فإذا كان الأنصاف في هذا الأصل كالكامل كذلك العتق .

ووجه من قال لا يجزئه قال : القصد من العتق تكميل أحكام المعتق، وأن يخرجه من حال الرق إلى حال الكمال، وهذا المعنى لا يوجد بعتق نصف عبد.

مسألة : قال : (ولو أعتق نصف عبد ، وأطعم خمسة وكسا خمسة لم يجزه) وذلك لما تقدم وهو أن القصد من العتق غير القصد من الكسوة والإطعام ، وذلك لأن الإطعام والكسوة القصد منها إحياء النفس ، وهذا يوجد فيهما جميعاً ، وليس كذلك العتق ، فإن القصد منها إحياء النفس ، وهذا يوجد فيهما جميعاً ، وليس كذلك العتق ، فإن القصد منه تكميل أحكامه ، وأن يصير حراً في يد نفسه ، فلما اختلف القصد والغرض لم يجز أن يجمع بينهما .

مسألة :قال : (ومن دخل في الصوم ثم أيسر. لم يكن عليه أن يخرج من الصوم إلى العتق أو الإطعام إلا إن شاء) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يلزمه الخروج .

دليلنا : أنه قدر على المبدل بعد شروعه في بدله ، فإذا لم يحكم ببطلان البدل لم يلزمه الخروج والعود إلى المبدل ، كما لو قدر على الهدي في صوم السبعة أيام فإنه لا يخرج بلا خلاف ، ولا يلزم عليه رؤية الماء في الصلاة ؛ لأنه لما حكم ببطلان البدل برؤيته الماء لزمه العود إلى المبدل ؛ ولأنه حال الشروع في الصوم لم يكن مخاطباً بالعتق ، فيجب أن يجزئه الصوم ، دليله : لو وجده بعد الفراغ من الصوم .

* * *

كتاب جامع الأيمان

مسألة : قال : (ويرجع في الأيمان إلى النية ، فإن لم ينو شيئاً ، رجع إلى سبب اليمين وماهيتها) .

أما النية فإنه يرجع إليها في اليمين إذا لم يكن مخالفاً للظاهر ، وقد ذكرناها في مسائل يأتي شرحها فيما بعد .

والدلالة على اعتبار النية : ما روى أن ركانة طلق زوجته ، فقال له النبي ﷺ: « ما أردت بها ؟ » فقال : ما أردت إلا واحدة ، فاستحلفه النبي ﷺ على ذلك ، وقبل منه[1] فقد رجع إلى النية في اليمين بالطلاق ، فكان ذلك أصلًا في سائر الإيمان .

وأيضاً قول النبي ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لامرئ ما نوى »[2] فجعل لكل امرئ ما نواه ، وهذا في عموم في الأيمان وغيرها .

ولأن الموضع الذي ترجع إلى نيته فيه إذا كان يحتمل ما قاله ولا يخالفه الظاهر ، فيجب أن يرجع إليه في كل ما قلنا في كنايات الطلاق لما كانت تحتمل الطلاق وغيره اعتبرت النية فيها ، كذلك ههنا .

وقوله : (فإن لم ينو شيئاً رجع إلى سبب اليمين وما هيجها) ظاهر هذا أن السبب غير النية فهو كما ذكر ؛ لأن النية هي تخصيص بعض ما يتناوله الاسم ،

---

(١) رواه أبو داود في الطلاق (٢٢٠٦) . قال الألباني : ضعيف .

(٢) سبق تخريجه .

والسبب هو تعميم اللفظ ؛ لأنه إذا حلف : لا أكلت اللحم ، فهو على العموم ، فإن نوى لحماً فعينه لحم غنم أو بقر كانت يمينه مقصورة على نيته ، ولو منت عليه بغزلها فحلف أن لا يلبس من غزلها ، لم يجز له أن ينتفع بثمن الغزل في ملبوس ولا مأكول ، فإن اجتمع في اليمين سبب ونية ، مثل إن منّت عليه بغزلها فحلف لا يلبس من غزلها ونوى ثوباً بعينه ، لم يعتبر نيته ، وكان الاعتبار بالسبب ؛ لأن الظاهر هو السبب ؛ لأنها إذا منت عليه فحلف لأجل منتها فإنما قصد قطع المنّة ، وذلك موجود في جميع غزلها ، فإن نوى بعض الغزل فهو خلاف الظاهر ، فلهذا لم يحكم بتلك النية .

قال: وظاهر كلام الخرقي أنه يرجع إلى النية ؛ لأنه قال : يرجع في الأيمان إلى النية، فإن لم ينو فإلى السبب ، وهذا محمول على يمين لا سبب لها أنه يعتبر نيته فيها لا أنه قدم النية فيها على السبب مع اجتماعهما في يمين واحدة وإن ذهب بعض أصحابنا إلى ظاهر كلام الخرقي في تقديمه النية على السبب فنقول : لأنه قال قطع السبب في اليمين ، وهو قول ملك ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : الاعتبار بالسبب ، وهو أنا نفرض المسألة فيه إذا منّ عليه بطعامه وشرابه ، فحلف فقال : لا شربت لك الماء من عطش ، فأكل من طعامه : أنه يحنث عندنا ؛ لأنه فعل ما تضمنه مفهوم منته ، فيجب أن يحنث ، دليله : لو شرب الماء ، وذلك أنه لا خلاف أن المفهوم في اليمين عنه المنة أنه لم يقصد الامتناع من الماء ، لأن الماء لا قدر له ولا قيمة ، فحلف عليه ، وإنما يقصد بذلك الامتناع مما له قيمة وهو الطعام ، فيجب أن يحنث ، يبين صحة هذا : أن الإنسان إذا قال : والله لا سقيت فلاناً ماء من عطش ، معلوم أنه إنما

أراد لهذا القول قطع منفعته عنه ، وكذلك قول الإنسان : ما لفلان عندي يد بيضاء ، إنما يريد أن ليس له عندي معروف وإحسان ، وكذلك يقول : والله لا جلست لفلان على مائدة ، فإنه يريد اجتناب أكل طعامه ، وليس يريد أن لا يأكل معه على المائدة نفسها دون أن لا يأكل على سفرة أو طبق ، هذا معلوم بنفسه من كلام الناس ، فوجب حمل يمينه عليه .

ولأن دلالة الحال تنفذ حكم الكلام ضده ، قال الله تعالى : ﴿ٱعۡمَلُواْ مَا شِئۡتُمۡ﴾ [فصلت:٤٠] لفظه لفظ الأمر وهو نهاية في الزجر ، وكذلك قوله : ﴿فَمَن شَآءَ فَلۡيُؤۡمِن وَمَن شَآءَ فَلۡيَكۡفُرۡ﴾ [الكهف: ٢٩] ﴿وَٱسۡتَفۡزِزۡ مَنِ ٱسۡتَطَعۡتَ مِنۡهُم بِصَوۡتِكَ﴾ [الإسراء:٦٤] ونحو ذلك قول الشاعر :

قبيّلة لا يغدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل

ومعلوم أن الناس يتمدحون بنفي الغدر والظلم ، وهو في هذا الموضع ذم وهجاء لخروج اللفظ مخرج الهجاء ، ومعناه : أنهم أقل من أن يوثق لهم بذمة يغدرون بها ، وقد قال أبوحنيفة في رجل قال لرجل : تغدِ عندي ، فقال : لا أتغدى ، فقال : بلى ، فقال : إن تغديت فزوجته طالقة ، ثم تغدى في بيت نفسه لم يحنث ، وقصر يمينه على ذلك الغداء ؛ ولأنهم قد قالوا : لو حلف لا يأكل الرؤوس ، فإن ذلك يقع على رؤوس الأنعام ، ولا يتناول رؤوس العصافير والسمك اعتباراً بالعرف في ذلك ، كذلك ههنا ، فنقول : لما جاز تخصيص اللفظ بالعرف ، وهو في الرؤوس ، جاز تعميمه بالعرف ، كالألفاظ الشرعيات لما جاز التخصيص بها جاز التعميم بها ؛ لأن تحريم الربا في الأعيان الستة خاص فيها ، ثم عم ذلك وحمل على سائر المأكولات ، كذلك في الأيمان .

مسألة : قال : (ولو حلف لا يسكن داراً هو ساكنها ، خرج من وقته ، فإن تخلف عن الخروج حنث) أما إذا خرج من وقته فلا حنث عليه ؛ لأنه تارك للسكنى ، ومن كان تاركاً للسكنى لا يقال فاعل لها ، بدليل أنه لو حلف لا يأكل وهو على الأكل ، فقطع وترك لم يحنث ، وكذلك لو كان في دار مغصوبة فلما عرفها لم يتشاغل عن الخروج حنث لأجل أن السكنى تقع على الابتداء والاستدامة ، ألا ترى أنه يقول : لا سكنتها شهراً ، وإنما أراد ابتدأت بالسكنى واستدمت شهراً ، وكذلك يقال لمن منعه أن يسكنها : تركته يسكنها شهراً ، أو ملكته أن يسكنها ، ثبت أنه يقع على الاستدامة ، وقد يقع على الابتداء .

مسألة : قال : (ولو حلف لا يدخلها ، فحمل فدخلها ولم يمكنه الامتناع ، لم يحنث) وذلك لأنه لو حلف على فعل نفسه بالدخول ، فإذا حمل فأدخلها لم يضف الفعل إليه ، وإنما يضاف إلى غيره ، فلهذا لم يحنث .

مسألة : قال : (ولو حلف أن لا يدخل دارًا ، فأدخل يده ، أو رجله ، أو رأسه ، أو شيئاً منه حنث ، ولو حلف أن يدخل لم يبرّ حتى يدخل بجميعه) .

أما إذا حلف أن لا يدخل فأدخل بعضه حنث ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : لا يحنث .

دليلنا : أنه لفظ مقصود به المنع من فعل ، فوجب أن يتعلق المنع بالجملة والأبعاض ، أصله النهي، وذلك أن الله تعالى قال : ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ﴾ [التوبة:٢٨]، وقوله تعالى : ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِى سَبِيلٍ﴾ [النساء:٤٣]، وقوله : ﴿لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ﴾ [النور:٢٧] ، كل ذلك يتناول الجملة والأبعاض ، فلا يجوز للكافر إدخال بعضه المسجد ،

وكذلك الجنب ، وكذلك الأجنبي لا يدخل بعضه دار غيره ، كما لا يدخل جملته ، كذلك ههنا ، وذلك أن الحالف يقصد منع نفسه ، كما أن الناهي يقصد منع غيره عن طعامه وشرابه .

فأما إذا حلف ليدخلن دار زيد ، فأدخل بعضه لم يبر حتى يدخل جميعه ، وإنما كان كذلك للمعنى الذي ذكرنا في المنع ، وهو أن اليمين تناول الجملة والأبعاض ، فإذا أدخل بعضه حنث لدخول ما تناول اليمين ، كذلك في الدخول فيمينه تناولت الجملة والأبعاض ، فإذا أدخل بعضه بقي ما تناولته اليمين ، ولم يحصل البر حتى يدخل بجميعه ؛ ولأن قوله : لا أدخلتها ، تقتضي المنع والحظر ، وقوله : لأدخلنها ، تقتضي الإباحة ، وقد اعتبر في الإباحة أو فيما اعتبر في المنع والحظر ، ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ﴾ [النساء: ٢٢] ، وقال تعالى : ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء:٢٣]، وقال : ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ﴾ [النساء :٢٣] كل ذلك يحرم بالعقد ، وقال ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] . فاعتبر في إباحتها زوج وإصابة ، وقول النبي ﷺ : « لا ، حتى تذوقي عُسيلته ويذوق عسيلتك »[1] ، وكذلك لو طلق يد امرأته أو فرجها حرم جميعها ، ولو عقد على يد امرأة أو فرجها لم يستبح حتى يعقد على جميعها ، كذلك ههنا لا يمتنع أن يعتبر في الحنث بعضه، ويعتبر في البر دخول جميعه.

مسألة : قال : (ولو حلف ألا يلبس ثوباً ، وهو لابسه ، نزعه من وقته ، فإن

---

(١) رواه البخاري في الشهادات (٢٤٩٦) ، ومسلم في النكاح (١٤٣٣) .

لم يفعل حنث) ، والوجه في ذلك : ما تقدم في التي قبلها وهو إذا حلف لا يسكن داراً وهو ساكنها ، فإن خرج في الحال لم يحنث ؛ لأنه تارك للسكنى ، وإن أقام عقيب يمينه حنث ؛ لأنه يقع عليه اسم السكنى ، كذلك ههنا إن نزعه عقيب يمينه لم يحنث ؛ لأنه تارك للبس ، وإن لم يفعل حنث ؛ لأنه يقع عليه اسم لابس في حال الاستدامة كما يقع عليه حال الابتداء ؛ ألا ترى أنه يقول : لبسته يوماً ولبسته شهراً ، ولم يرد به ابتدأت ، وإنما أراد استدمت لبسه ، فيجب أن يحنث بذلك .

مسألة : قال : (ولو حلف ألا يأكل طعاماً اشتراه زيد ، فأكل طعاماً اشتراه زيد وبكر ، حنث ألا أن يكون أراد بيمينه أن لا يأكل من طعام انفرد بشرائه) فلا يحنث بأكله لما اشترك هو وغيره فيه ؛ لأن الظاهر يحتمل ما نوى ، فقُبِل منه ، وإن لم ينو ذلك حنث بأكله لطعام اشترك هو وغيره فيه ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يحنث .

دليلنا : أنه إذا اشتراه فلان واحد فقد اشترى فلان بعضه ، وذلك البعض سمي طعاماً ، فإذا أكل منه فقد أكل من طعام اشتراه ، فيجب أن يحنث ، كما لو انفرد فلان بشرائه ، وهذا كما نقول : لو حلف لا يأكل من طبيخ يطبخه فلان ، فطبخ فلان وآخر طبيخًا وأكل منه الحالف حنث ؛ لأن بعض الطبيخ يسمى طبيخاً فهو مثل الطعام .

مسألة : قال : (ولو حلف ألا يكلمهما ، أو لا يزورهما ، فكلم أو زار أحدهما ، حنث إلا أن يكون أراد أن لا يجتمع فعله بهما)، أما إذا نوى أن لا يجتمع فعله بهما ، وانفرد بكلام كل واحد منهما فلا حنث عليه؛ لأن الظاهر يحتمل ما نوى فقبل منه ، وإن لم ينو ذلك حنث بكلامه لأحدهما ؛ لأنهما

يمينان ، وذلك أن تقدير يمينه : لا كلمتُ زيداً ولا كلمت عمراً ، فلهذا يحنث بكلام كل واحد منهما على الانفراد ؛ ولأن يمينه اقتضت منع دخوله إلى الدار وكل جزء منه ، وقد بينا أنه لو أدخل بعضه حنث ، كذلك إذا كلم أحدهما حنث .

مسألة : قال : (ومن حلف ألا يلبس ثوباً ، فاشترى به أو بثمنه ثوباً ، فلبسه حنث ، إذا كان قد امتن عليه بذلك الثوب ، وكذلك إن انتفع بثمنه) وقد تقدم أصل هذه المسألة ، وذكرنا أن السبب معتبر في الأيمان ودللنا عليه ، وهذا من التفريع على ذلك الأصل وهو أن سبب يمينه اقتضت الامتناع من ماله لأجل منته عليه ، فيجب أن يحنث على أي وجه انتفع به .

مسألة : قال : (وإن حلف أن لا يأوي مع زوجته في بيت ، فأوى معها في غيرها حنث إذا كان أراد بيمينه جفاء زوجته ولم يكن للدار سبب) وهذه أيضاً من التفريع على الأسباب وهو إذا كان قد قصد باليمين الجفاء لها والمباعدة وذلك أن المعنى يوجد في غير الدار المذكورة ، فلهذا حنث اعتباراً بالنية .

مسألة : قال : (ولو حلف أن يضرب غلامه في غد ، فمات الحالف من يومه ، لم يحنث) وذلك لأنه جعل وقت البر غداً ، فإذا مات قبل الغد فقد بقي وقت البر بعد موته ، فلهذا لم يحنث ، فإذا مات العبد فإنه يحنث ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا يحنث .

دليلنا : أن اليمين إذا كانت معلقة بوقت فتعذر الفعل فإن الحنث يقع عقيب تعذر الفعل ، كما لو قال : والله لا صعدت السماء اليوم أو غدٍ ، فإن الحنث يقع في الحال لتعذر الفعل في الغد ، وفي اليوم ، كذلك ههنا لما تعذر الفعل

عند الوقت يجب أن يحنث .

ولأنه قال : لأضربن هذا العبد ، ولم يقيده بزمان ، فنقول : هلاك المحلوف عليه يوجب الحنث ؛ دليله : إذا كان الفعل مطلقاً .

مسألة : قال : (ولو حلف أن لا يكلمه حيناً ، فكلمه قبل ستة أشهر ، حنث) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يقع على مدة وهو على الأبد .

دليلنا : أن اسم الحين يقع على ساعة قال الله تعالى : ﴿ فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾ [الروم:١٧] يعني ساعة تمسون وساعة تصبحون ، ويقع على أربعين سنة قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ ﴾ [الإنسان:١] قيل المراد به أربعون سنة ، ويقع على وقت مبهم قوله : [وَمَتَّعْنَٰهُمْ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ [يونس:٩٨] ويقع على ستة أشهر ، قال الله : ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾ [إبراهيم:٢٥] روي عن ابن عباس : إن المراد به ستة أشهر ، وقيل : سنة [١] .

ولا يجوز حمل يمينه على ساعة ؛ لأن الناس لا يقصدون بأيمانهم في العادة أن يمنعوا أنفسهم من كلام غيرهم لحظة .

ولا يجوز حمله أيضاً على أربعين سنة ؛ لأن من أراد أن يمنع نفسه من كلام غيره هذه المدة لا يوقت يمينه في العادة بأربعين سنة ، بل يحلف أنه لا يكلمه أبداً.

ولا يجوز حمله على وقتٍ مبهم مجهول ، ولا على سنة ؛ لأن اسم الحين لا يحتمل أن يراد به سنة ؛ لأن النخل لا تؤتي أكلها كل سنة ، وإنما تؤتى في

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٢٦٠٧) . انظر : (١٢٦٠٨ ، ١٢٦٠٩) عن عكرمة .

كل ستة أشهر ، فإذا لم يجز حمل الحين على هذه الوجوه التي ذكرنا ، وثبت أن إطلاق الحين في الكتاب يتناول ستة أشهر وجب حمله عليه دون غيره .

مسألة : قال : (ولو حلف أن يعطيه حقه في وقت ، فقضاه قبله ، لم يحنث إذا أراد بيمينه أن لا يجاوز ذلك الوقت) ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يحنث .

دليلنا : أنه إذا حلف أن يقصد في غدٍ فقد قصد تعجيل حقه ، فإذا تقدم ذلك قبل الغد فقد أتى بما قصد باليمين ، والمقصود معتبر في الإيمان عندنا ، ونظير هذا ما قاله الشافعي رحمه الله : لو حلف أن يصلي في غد ، فصلى اليوم، لم يحنث ؛ لأن القصد أن يعبد الله تعالى .

مسألة : قال : (ولو حلف أن لا يشرب ماء هذا الإناء، فشرب بعضه حنث، إلا أن يكون أراد لا يشربه كله) ، أصل هذه المسألة : إذا حلف أن لا يدخل داراً ، فأدخل بعضه إياها فإنه يحنث بجميع ما ذكرناه في ذلك الموضع من الخلاف مثله ههنا سواء .

مسألة : قال : (ولو قال : والله لا فارقتك حتى أستوفي حقي منك ، فهرب منه، لم يحنث ، ولو قال : لا افترقنا ، فهرب منه حنث) .

أما إذا قال: لا فارقتك حتى أستوفي حقي ، فهرب منه لم يحنث على ما نقل الخرقي أنه علق اليمين بفعل نفسه وحده ، فإذا فر لم يحنث الحالف ؛ لأن الفرار لم يوجد من جهته ، فعلى هذا سواء فر باختيار الحالف وبغير اختياره ؛ لأن اليمين ما تعلقت بفعل من عليه الحق ، وإنما تعلقت بفعل الحالف ، والحالف ما فارقه .

ووجه الثانية : أن اليمين وقعت على فعلهما جميعاً ؛ لأن تقدير قوله : لا

فارقتك . معناه لا يوجد منا فراق ، وقد وُجد ، وأما إذا قال : لا افترقنا ، حنث بوجود التفرق من أحدهما رواية واحدة ؛ لأن معنى يمينه : لا حصلت بيننا فرقة ، وقد حصلت ، فيجب أن يحنث باليمين ، وههنا وقعت على فعلهما جميعاً ؛ لأن تقدير قوله : لا فارقتك ، معناه لا وجد فراق منا ، وقد وجد .

وأما إذا قال : لا افترقنا ، حنث بوجود التفرق .

مسألة : قال : (ولو حلف على زوجته أن لا تخرج إلا بإذنه ، فذلك على كل مرة إلا أن يكون نوى مرة واحدة) أما إذا نوى مرة فأذن لها مرة جاز أن تخرج فيما بعد بغير إذن ؛ لأنه نوى بالإذن مرة واحدة ، وقد وجد الإذن لذلك، وأما إذا أطلق فهو على كل مرة ، سواء قال : لا خرجت إلا بإذني ، أو قال : لا خرجت إلا أن آذن لك ، والحكم فيه واحد ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : إذا أذن لها مرة انحلت اليمين ، وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن قال لها: إلا بإذني ، كان على كل مرة ، وإن قال : إلا أن آذن لك انحلت اليمين مرة واحدة .

دليلنا : على الشافعي : أنه نهاها عن كل خروج ، واستثنى خروجًا على صفة ، وهو أن يكون بإذنه ، لأن الباء تدخل في الكلام لإثبات الصفة فيما عدا المستقبل ، يجب أن يكون داخلاً في اليمين ، ألا ترى أنه لو حلف أن لا يكلم إلا رجلاً أسود ، ولا ركبت إلا حماراً أسرج ، فإن ما عدا المستثنى الموصوف داخل في اليمين حتى لو كلم رجلاً على غير الصفة التي استثنى ، أو ركب دابة على غير تلك الصفة حنث، كذلك إذا خرجت بغير إذنه حنث .

ودليلنا على أبي حنيفة : هو أن الباء وأن حرفان يدخلان في الكلام على حد واحد لإثبات الصفة فيما عدا المستثنى على حد واحد ، ألا ترى إلى قوله

تعالى : ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب:٥٣] فكان قوله إلا أن بمثابة قوله: إلا بإذن ، وكذلك قوله تعالى : ﴿إِلَّا أَن تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً﴾ [آل عمران:٢٨]، وقوله : ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً﴾ [النساء:٢٩] وقوله : ﴿إِلَّا أَن يَخَافَا﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقوله : ﴿إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [البقرة:٢٣٥] كذلك يقتضي إلحاق الصفة بالموصوف على العموم حتى قال : ﴿ تَكُونَ حَرَضًا﴾ [يوسف: ٨٥] ، وقوله : ﴿حَتَّىٰ يَقُولَ الرَّسُولُ﴾ [البقرة:٢١٤]، وقوله : ﴿وَلَوْ أَنَّهُمْ صَبَرُوا حَتَّىٰ تَخْرُجَ إِلَيْهِمْ ﴾ [الحجرات:٥] ، وقوله : ﴿هُمُ الَّذِينَ يَقُولُونَ لَا تُنفِقُوا عَلَىٰ مَنْ عِندَ رَسُولِ اللَّهِ حَتَّىٰ يَنفَضُّوا﴾ [المنافقون: ٧] كل ذلك لإلحاق الصفة بالموصوف ، كذلك في مسألتنا يجب أن يكون قوله : إلا أن وحتى آذن لك بمثابة قوله : إلا بإذني ، في اعتبار الإذن في كل مرة .

مسألة : قال : (ولو حلف ألا يأكل هذا الرطب ، فأكله تمراً حنث ، وكذلك كل ما تولد من ذلك الرطب) .

معنى قوله « وكذلك كل ما تولد منه » مثل أن يعصر منه خلاً أو دبساً أو يعمل منه عصيدة ونحو ذلك فإنه يحنث بأكله ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يحنث .

دليلنا : إنه إذا اجتمع في اليمين الاسم والتعيين سقط اعتبار الاسم ، بدليل أنه لو حلف لا كلمت زوجة فلان هذه ، أو لا كلمت عبد فلان هذا ، ولا دخلت دار زيد هذه ، فطلق الزوجة ، وباع العبد والدار ثم كلمها ، ودخل الدار حنث اعتباراً بالتعيين ، وإن كان الاسم قد زال وهو إضافته إلى فلان ، وكذلك

لو قال : والله لا أكلت لحم هذا الحمل ، فصار كبشاً ، أو لا آكله ، أو لا كلمت هذا الصبي ، فصار شيخاً وكلمه ، حنث ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإذا حلف ألا يأكل تمراً ، فأكله رطباً لم يحنث) وذلك أنه لم يأكل المحلوف عليه ؛ لأن الرطب غير التمر فلهذا لم يحنث ، فهو كما لو حلف أن لا يأكل بر ، فأكل خبزًا لم يحنث ، أو حلف لا يأكل جبنًا ، فأكل لبنًا لم يحنث إذا لم يكن ليمينه سبب . وتفارق هذه المسألة التي قبلها وهو إذا حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله تمراً أنه يحنث ؛ لأنه غير المحلوف عليه ، وبالتعيين قد منع نفسه من تلك الأجزاء بعينها، فلهذا حنث مع اختلاف صفاته، وههنا علق يمينه باسم مطلق فلهذا كانت يمينه مقصورة على ذلك الاسم .

مسألة : قال : (وإذا حلف أن لا يأكل لحماً ، فأكل الشحم ، أو المخ ، أو الدماغ ، لم يحنث إلا أن يكون أراد اجتناب الدسم ، فيحنث بأكل الشحم) .

أما إذا قصد اجتناب الدسم فإنه يحنث بأي شيء أكله بما فيه دسم ؛ لأن اليمين موجودة فيه ، السبب معتبر إذا لم يقصد اجتناب الدسم ، بل أطلق لم يحنث ؛ لأن الدسم الذي علق عليه لا يشمله ؛ لأن الشحم والمخ ينفرد بتسمية غير اللحم ، فلم يحنث .

مسألة : قال (ومن حلف أن لا يأكل الشحم ، فأكل اللحم حنث) ، خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : لا يحنث .

دليلنا : أن اللحم لا يخلو من الشحم إلا أن في اللحم ما يكون الشحم ظاهراً فيه وهو اللحم الأبيض ، ومنه ما يكون خفياً وهو اللحم الأحمر ، فإن عدم الشحم في ذلك فإنه يعدم لعارض وهو المرض ، أو هزال ، أو علة ، والذي يبين صحة هذا : هو أن الشحم لا يقوم بنفسه وإنما ينبت على اللحم ،

فبان بذلك أنه لا يخلو منه ؛ ولأنه لو وجد في موضع من الحيوان لحماً بلا شحم وهو يسير لا حكم له ، والغالب فيه اتصال الشحم به ، فكان الحكم للغالب .

مسألة : قال : (وإذا حلف أن لا يأكل لحماً ، ولم يرد لحماً بعينه ، فأكل من لحم الأنعام أو الطائر أو السمك حنث) ، أما إذا نوى لحماً بعينه فأكل غيره لم يحنث ؛ لأن الظاهر لا يمنع ما نواه بل يحتمله ، فلهذا لم يحنث في يمينه ، وإن أطلق فلم ينو لحماً بعينه فهو عام في لحوم الأنعام والسمك والطائر ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يمينه مقصورة على لحم الأنعام دون لحم الطائر والسمك .

دليلنا : أن الاسم يتعلق على لحم السمك والطائر حقيقة لا مجازاً ، قال الله تعالى : ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فاطر:١٢] ، وقال : ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل:١٤] . وقال تعالى : ﴿وَلَحْمِ طَيْرٍ مِّمَّا يَشْتَهُونَ﴾ [الواقعة:٢١] ، وإذا تناول الاسم الحقيقة كل ما يقع عليه الاسم حقيقة ، فيجب أن يحنث ، دليله : لحم الأنعام .

مسألة : قال : (ولو حلف ألا يأكل سويقاً ، فشربه ، أو لا يشربه ، فأكله حنث ، إلا أن تكون له نية) يعني أن ينوي بيمينه الأكل دون الشرب ، أو الشرب دون الأكل ، وكون يمينه مقصورة على نيته ، وأما إن أطلق فإنه يحنث بالأمرين جميعاً، خلافاً للشافعي في قوله : لا يحنث إلا مع وجود الاسم ، فإذا حلف لا يشربه ، لم يحنث بأكله ، أو حلف لا يأكله فشربه ، لم يحنث بشربه ، وقد نقل مهنا عن أحمد رحمه الله مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : أنه يتناول الأجزاء المحلوف عليها فيجب أن يحنث، كما لو تناوله على الوصف الذي ذكره ، ولأنا لا نراعي الاسم في اليمين إذا كانت على شيء بعينه ، بدليل ما تقدم ، وهو إذا حلف لا يأكل هذا الرطب ، فصار خلا .

ووجه الثانية : أنه إذا حلف لا يأكله فشربه ، فإن الشرب لا يسمى أكلاً ، فهو كما لو حلف لا يفعل شيئاً ، ففعل غيره فإنه لا يحنث ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (ولو حلف بالطلاق ألا يأكل تمرة ، فوقعت في تمر ، فإنه إن أكل منه واحدة منع من وطئ زوجته حتى يعلم أنها ليست التمرة التي وقعت اليمين عليها) ، ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله .

أما إذا استوفى أكل جميعه فإنه يحنث لأنا قد تحققنا أن التمرة المحلوف عليها من جملة ما أكل من التمر ، وإن أكل بعضه ولم يعلم هل كانت من جملة ما أكله أم من جملة الباقي لم يحنث ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، وأنه ما حنث ، فلا يحنث بالشك إلا أنه يمنع من وطئ زوجته حتى يعلم أنها ليست هي التي حلف عليها ، وظاهر كلامه أنه منع تحريم ، ونظير هذه المسألة ما قاله في كتاب الطلاق : إذا طلق وشك في عدده وقعت طلقة ، ومنع من وطئها حتى يتيقن كم عدد الطلاق ، وإنما منع من الوطء لجواز أن يكون قد أكل التمرة المحلوف عليها ، فيكون الطلاق واقعاً فتحرم عليه ، تغلب الحظر احتياطاً ، كما لو كانا نفسين فطار عليهما طائر ، فقال أحدهما : زوجته طالقة إن كان غراباً ، وقال الآخر : زوجته طالق إذا لم يكن غراباً ، فطار الطائر ولم يعلم عينه فإنهما يعتزلان نسائهما ؛ لأن أحدهما قد طلقت زوجته لا بعينه ، فمنعنا الاثنين من الوطء ، وإن كان التحريم واقعاً بأحدهما لأجل الاحتمال ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (ولو حلف أن يضربه عشرة أسواط ، فجمعها فضربه بها ضربة واحدة ، لم يبر) خلافاً للشافعي - رحمه الله عليه- في قوله : يبر .

دليلنا : أن الأيمان محمولة على العُرف ، وفي العرف إذا قيل : لأضربن فلانًا ، أو قد ضربت فلاناً عشرة ، فإنها تقتضي ضربة بعد ضربة ، فحمل ذلك على العُرف ولأن القصد بالعشرة كثرة الألم ، فإذا ضربه ضربة واحدة خف الألم ، فاعتبر قصد يمينه .

مسألة : قال : (ولو حلف ألا يكلمه ، فكتب إليه ، أو أرسل إليه رسولاً حنث ، إلا أن يكون أراد أن لا يشافهه) ، أما إذا قصد بيمينه المشافهة لم يحنث بالمكاتبة والمراسلة ؛ لأنه ينوي بيمينه كلاماً مخصوصاً فلم يحنث بغيره، فإذا أطلق حنث بالمكاتبة ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : لا يحنث .

دليله : قوله تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِن وَرَآيِٕ حِجَابٍ﴾ [الشورى:٥١] فاستثنى الوحي من الكلام ، فثبت أن الوحي كلام ، لأن حقيقة الاستثناء أن يكون من جنس المستثنى منه . وقال تعالى : ﴿يَعْتَذِرُونَ إِلَيْكُمْ إِذَا رَجَعْتُمْ إِلَيْهِمْ قُل لَّا تَعْتَذِرُوا۟ لَن نُّؤْمِنَ لَكُمْ قَدْ نَبَّأَنَا ٱللَّهُ مِنْ أَخْبَارِكُمْ﴾ [التوبة:٩٤] وإنما كان يعلم ذلك بالوحي والرسول ، فاعلم أن الله تعالى قد أخبره ، وإن كان بينهما واسطة ورسول .

ولأن الكلام موضوع للإفهام وهو أن يفهم المخاطب مراده ، فتارة يفهمه بكلام ، وتارة بكتاب ورسول ، فكان الكل في الأيمان سواء .

* * *

كتاب النذور

الأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ يُوفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْمًا كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيرًا ﴾ [الإنسان: ٧] ، وقال تعالى : ﴿وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾ [البقرة: ١٧٧] ، وقال تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ ﴾[النحل:٩١] ، وقال تعالى : ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ ۝ فَلَمَّا آتَاهُم مِّن فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوا وَّهُم مُّعْرِضُونَ ﴾ [التوبة: ٧٥-٧٦] ، وأيضاً روى عمران بن حصين أن النبي ﷺ قال : « لا نذر في معصية ، ولا نذر فيما لا يملكه ابن آدم»[1] دل على أنه إذا كان في طاعة أو فيما يملك ابن آدم صح .

وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصيه »[2].

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلةً في المسجد الحرام، فقال النبي ﷺ : «أوف بنذرك»[3] .

---

(١) رواه مسلم في النذور (١٦٤١) .

(٢) رواه البخاري في الأيمان والنذور (٦٣١٨) .

(٣) رواه البخاري في الاعتكاف (٢١٩٢٧) ، ومسلم في الأيمان (١٦٥٦) .

وروي أن امرأة قالت : يا رسول الله : إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف . فقال : « أوف بنذرك »[1] .

مسألة : قال أبوالقاسم : (ومن نذر أن يطيع الله عز وجل لزمه الوفاء به ، ومن نذر أن يعصيه لم يعصه ، وكفر كفارة يمين ، [ونذر الطاعة : الصلاة ، والصيام ، والحج ، والعمرة ، والعتق ، والصدقة ، والاعتكاف ، والجهاد ، وما في هذه المعاني] ، وسواء كان نذره مطلق بأن يقول : عليّ أن أفعل كذا وكذا ، أو علقه بصفة ، مثل قوله : إن شفى الله مريضي فلله عليّ أو شفى فلاناً ، أو سلم مالي الغائب ، وما كان في معنى هذا ، فأدرك ما أمل بلوغه من ذلك فعليه الوفاء به) .

أما نذر الطاعة ، فصفته أن ينذر فعل الصلاة والصيام والحج والعمرة والعتق والصدقة والاعتكاف والجهاد وما في هذا المعنى، فإنه يجب الوفاء به، لقوله تعالى : ﴿ يُوفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْمًا كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيرًا ﴾ [الإنسان: ٧] ، وقال تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴿٧٥﴾ فَلَمَّا آتَاهُم مِّن فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوا وَّهُم مُّعْرِضُونَ ﴾ ، وهذا يدل على وجوب الوفاء به .

وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه »[2] .

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : قلت يا رسول الله : إني

---

(١) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٣١٢) . قال الألباني : حسن صحيح .

(٢) سبق تخريجه .

نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام . فقال النبي ﷺ : «أوف بنذرك»[1].

وروي أن امرأة قالت : يا رسول الله : إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف. فقال : « أوفِ بنذرك »[2] .

وقوله : (سواء كان نذراً مطلقاً أو علقه بصفة) ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : لا يجب الوفاء به إلا إذا علقه بصفة .

دليلنا : ما تقدم من الآيات والأخبار في وجوب الوفاء من غير اعتبار تعلق النية بصفة ، فهو عموم في الجميع ، ولأنه ألزم نفسه .

قوله : « على وجه النذر » فوجب أن يلزمه الوفاء به كالأضحية ، ولا خلاف إذا نذر أضحية مطلقاً لزمه إخراجها ، كذلك ههنا .

[مسألة] : قال : (وأما نذر المعصية فصفته أن يقول : لله عليّ أن أشرب الخمر ، أو أقتل النفس المحرمة ، وما أشبه ، فلا يجوز الوفاء به ، وفيه كفارة يمين) خلافاً لأكثرهم في قولهم : لا كفارة .

دليلنا : ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين » . وقوله : « لا نذر في معصية » . معناه : لا يجب الوفاء به ، ولكن فيه كفارة يمين .

وقال النبي ﷺ : « النذر حلفة »[3] فشبهه باليمين ، واليمين إذا وقعت على فعل شيء محظور تعلقت به الكفارة .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) رواه الطبراني في الكبير (١٧/ ٣١٣) (٨٦٦) بلفظ : « النذر يمين » .

ولأن النذر لفظ ورد الشرع به بأن كفارته كفارة يمين ، فإذا تعلق بفعل محظور تعلقت به الكفارة ، دليله : اليمين بالله تعالى، وهو أنه إذا حلف ليشربن الخمر ، أو ليقتلن النفس ، فإنه يمنع من ذلك ، وعليه الكفارة ، وكذلك هاهنا .

ولأن الكفارة تتعلق بجهة ، وهي نذر اللجاج ، فيصح عقده على فعل محظور، دليله : اليمين بالله .

مسألة : وإذا قال : (لله عليّ أن أركب دابتي ، أو أسكن داري ، أو ألبس أحسن ثيابي ، وما أشبهه ، لم يكن هذا نذر طاعة ولا معصية ، وإن لم يفعل كان عليه كفارة يمين) إنما يلزم الوفاء به ؛ لأن فعل هذه الأشياء مباح ، وما كان مباحاً لم يلزم بالنذر، فإن فعل ذلك فلا كفارة عليه ؛ لأنه قد وفى بنذره ، يبين صحة هذا : ما روي أن امرأة قالت : يا رسول الله : إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف. فقال: «أوفِ بنذرك» . فظاهر هذا أنه لم يلزمها أكثر من ذلك ، فإن لم يفعل ذلك كان عليه كفارة يمين ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : لا كفارة عليه .

دليلنا : قول النبي ﷺ للمرأة وقد نذرت أن تضرب على رأسه بالدف : «أوفِ بنذرك» . فقد أمرها بالوفاء بنذر مباح ، فدل على أنه نذر منعقد ، وقال النبي ﷺ : « النذر حلفة » ومعناه أن حكمه حكم الحلف في جوب الكفارة ، واليمين إذا تضمنت فعلاً مباحاً فحلفت وجبت به الكفارة .

وقال : « كفارة النذرة كفارة يمين »[1] وهذا في المباح ؛ لأن نذر الطاعة

---

(١) رواه مسلم في النذر (١٦٤٥) بنحوه .

يجب الوفاء به ، وروي أن عقبة بن عامر سأله عن أخت له نذرت أن تحج حافية غير مختمرة ، فقال : « مرها لتختمر ولتركب ولتصم ثلاثة أيام »[1] .

ولأن الكفارة تتعلق بجنسه وهو نذر اللجاج ، فصح عقده على فعل مباح كاليمين بالله تعالى ، والذي بين صحة هذا وأن النذر كاليمين : أنه ألزم نفسه فعل شيء وأكده باسم الله تعالى ، فهو كما لو قال : والله لأسكنن داري، فإنه ينعقد لوجود هذا المعنى ، كذلك هاهنا .

ولأنه لفظ ورد الشرع أن كفارته كفارة يمين ، فإذا علقه بفعل مباح تعلقت به الكفارة ، دليله : اليمين بالله تعالى ، وهو أن يقول: والله لألبسن أثوابي ، ولأسكنن داري ، ولا يفعل ذلك ، فيكون عليه كفارة يمين ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (ولو نذر أن يطلق زوجته استحب له أن لا يطلق ، ويكفر كفارة يمين) إنما لم يستحب له أن لا يطلق ؛ لما روي عن النبي ﷺ قال : « ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق »[2] فلهذا لم يستجب له فعله ، وكان عليه كفارة يمين ؛ لأنه لم يوجد منه الوفاء بما عقده من النذر؛ لأنه لا يخلو أن يكون هذا النذر مباحاً أو مكروهاً ، وأيهما كان فالكفارة واجبة .

مسألة : قال: (ومن نذر أن يتصدق بماله كله ، أجزأه أن يتصدق بثلث ماله) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : يلزمه أن يتصدق بجميع ماله .

دليلنا : ما روى ابن شهاب عن السائب أن أبا لبابة بن عبدالمنذر لما تاب الله عليه قال: يا رسول الله وإن من توبتي إلى الله أن أهجر دار قومي وأساكنك ،

---

(١) رواه البخاري في الحج (١٧٦٧) ، ومسلم في النذر (١٦٤٤) .

(٢) سبق تخريجه .

وأنخلع من مالي صدقة لله تعالى ولرسوله ، فقال : « يجزئ عنك الثلث »[1] ، وهذا نص .

ولأنه نذر إخراج جميع ماله فأجراه إخراج الثلث ، دليله : لو نذر ذلك في مرض موته ، يبين صحة هذا : أنه لما منع من ذلك في المرض إبقاء على ورثته كان مراعاة حقه في نفسه أولى .

ولأن نذر البر زائد وأحد نوعي النذر فلم يلزمه إخراج جميع المال ، ودليله : نذر اللجاج يجزئه فيه كفارة يمين ، كذلك هاهنا جاز أن يجزئه الثلث ؛ ولأن ما تعلق بالإيجاب باسم المال في الفروض لا يوجب إخراج جميع المال ، بدليل الزكاة ، يجب أيضاً ، إنما يتعلق الإيجاب باسم الله تعالى في النذر على ما ثبت في الأصول ؛ لأن النذور محمولة على أصولها في الفرض .

مسألة : قال : (ومن نذر أن يصوم ، وهو شيخ كبير لا يطيق الصوم كفر كفارة يمين ، فأطعم عن كل يوم مسكيناً) أما وجوب الكفارة فلما روي عن النبي ﷺ قال : « كفارة النذر كفارة يمين »[2] ؛ ولأنه خالف نذره فكان عليه كفارة يمين ، دليله : لو حلف أن يصوم في وقت بعينه ، فلم يصم مع القدرة عليه، فإن عليه الكفارة ، كذلك هاهنا ، ويبين صحة هذا : ما روى عقبة بن عامر قال : قلت يا رسول الله : إن أختي نذرت أن تمشي حافية غير مختمرة ، قال : «مرها فلتختمر ولتركب وتصم ثلاثة أيام»[3] . وروي في لفظ آخر :

---

(١) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٣١٩) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

سألت النبي ﷺ أن أختي نذرت ، يعني أن تحج ماشية ، فقال رسول الله ﷺ : «إن الله لا يصنع بشقاء أختك شيئًا فلتحج راكبة ، ولتكفر عن يمينها»[1] ، فأوجب عليها الكفارة عند مخالفة النذر عند عدم القدرة والعجز، كذلك هاهنا، وإنما لزمه أن يطعم عن كل يوم مسكيناً ؛ لأنه صوم واجب عجز عنه، فكان عليه عن كل يوم إطعام مسكين ، دليله : صوم رمضان إذا عجز عنه، لكبر أو مرض ، يبين صحة هذا : أن هذا الصوم قد وجب بالنذر، والذي يدل على وجوبه ما تقدم من حديث أخت عقبة لما نذرت أن تحج ماشية ، فأمرها النبي ﷺ بالركوب والكفارة ، فحكم بصحة نذرها ، ووجوبه مع العجز عنه .

ولأن المطلق [من] كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع ، ثم ثبت أنه إذا عجز عن الصوم الشرعي كان عليه إطعام عن كل يوم ، كذلك هاهنا.

مسألة : قال : (وإذا نذر صياماً ولم يذكر عدداً ، ولم ينوه ، فأقل الصوم يوم، وأقل الصلاة ركعتان) أما الصوم فأقله يوم ؛ لأنه أقل ما يقع عليه الاسم ، كما لو نذر صدقة فإنه يلزمه ما يقع عليه الاسم ، وإن كان نذر صلاة فالذي نقل الخرقي في أن أقلها ركعتان ، ونقل إسماعيل بن سعيد أقلها ركعة واحدة ، وهو قول الشافعي .

وجه ما نقله الخرقي : أن الأيمان محمولة على أصولها ، ولم يفرض في صلاة أقل من ركعتين ؛ ولأنها عبادة تلزم بالنذر، فوجب أن تلزم بالإيجاب على حسب ما ثبت في الفرض ، كالحج .

---

(١) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٩٥) . قال الألباني : ضعيف .

ووجه الثانية : أن الركعة صلاة شرعية ، وهي الوتر ، فجاز أن يحمل النذر عليه ، ومن ذهب إلى الرواية الأولة أجاب عن هذا بأن الوتر نافلة ، والنذر واجب ، فكان حمله على أصله في الفرض أولى من حمله على النفل .

مسألة : قال : (وإذا نذر المشي إلى بيت الله تعالى لم يجزه إلا أن يمشي في حج أو عمرة ، فإن عجز عن المشي ركب وكفر كفارة يمين) إنما لزمه المشي ؛ لأن المشي إلى العبادة قربة وطاعة ، روي أن النبي ﷺ ما ركب في عيد ولا جنازة[1]. وإنما قصد بترك الركوب طلبًا للفضيلة ، فإذا كان فضيلة وقربة لزمت بالنذر، والدلالة على أنه إذا ركب لعجزه عن المشي فعليه كفارة يمين ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : عليه دم ، وقد روي عن أحمد - رحمه الله- مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى عقبة بن عامر قال : قلت يا رسول الله : إن أختي نذرت أن تمشي حافية غير مختمرة . فقال: « مرها فلتختمر ولتركب ولتصم ثلاثة أيام » وفي لفظ آخر: « تركب وتكفر عن يمينها »

ولأنه خالف نذره ، فوجبت عليه كفارة يمين ، دليله : لو حلف أن يصوم فلم [يصم] .

ووجه الثانية : ما روي في بعض الأخبار من حديث أخت عقبه أن النبي ﷺ قال : « مرها أن تركب وتهدي هدياً »[2] ؛ ولأنه إذا ركب ترفه فعليه الفداء ، كالطيب واللباس .

---

(١) رواه الشافعي في الأم (١/ ٢٦٧) عن الزهري بلاغًا بلا إسناد .

(٢) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٩٦) . قال الألباني : صحيح .

والدلالة على أنه يلزمه المشي بحج أو عمرة : هو أن المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع ، والمعهود من الخروج إلى بيت الله والذهاب إليه أن من يأتيه (   )[1] فلزمه ذلك بمطلق النذر .

مسألة : قال : (وإذا نذر عتق رقبة ، فهي التي تجزئ عن الواجب ، إلا أن يكون نوى رقبة بعينها)

معنى قوله « تجزئ عن الواجب » أن تكون سليمة من العيوب ، ولا يجزئه أقل ما يقع عليه الاسم ؛ وذلك لأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع ، والرقبة المعهودة في الشرع ما تجزئ في الكفارة ، فوجب أن يحمل في الإطلاق عليها، وهكذا إذا نذر هدياً فهو الهدي الشرعي، وهو ما يجزئ في الأضحية من النعم .

مسألة : قال : (وإذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان ، فقدم أول يوم من شهر رمضان ، أجزأه صيامه لرمضان ونذره ، ولو نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم يوم أفطر أو أضحى لم يصمه ، وصام يوماً مكانه ، وكفر كفارة يمين ، ولو وافق قدومه يوماً من أيام التشريق صامه في إحدى الروايتين عن أحمد - رحمه الله - ، والرواية الأخرى : لا يصومه ، ويصوم يوماً مكانه ، ويكفر كفارة يمين) ، وجملته أنه إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان ، صح نذره ، خلافاً للشافعي في أحد القولين : لا يصح نذره.

دليلنا : أنه علق النذر بشرط ، فصح فيه اليوم التطوع ، فإنه يعقد نذره فيه ، كما لو أصبح صائماً تطوعاً ، وقال : إن قدم فلان اليوم فلله عليّ أن أصوم بقية

---

(١) ما بين القوسين كلمة لم تتضح لي .

يومي ، فإنه يلزمه ، كذلك هاهنا ، وإذا ثبت أن النذر صحيح ، فإن قدم نهاراً لزمه صوم بقية النهار دون أوله ، فإن [كان] قد أصبح صائماً متطوعاً فلما قدم اعتقد أنه عن نذره أجزأه ، ولا قضاء عليه ، فإن أصبح مفطراً فعليه القضاء ؛ لأنه لا يمكنه أن يقضي بقية النهار إلا بقضاء اليوم كله؛ لأن عليه قضاء ما مضى، فإن قدم في يوم من شهر رمضان فهل ينعقد نذره ؟ ظاهر كلام الخرقي أنه لا ينعقد نذره ؛ لأنه أسقط القضاء عنه .

ووجه قوله : أنه وافق نذره زمانًا يستحق صومه ولا ينعقد غيره ، فلم يلزمه القضاء ، دليله : لو نذر أن يصوم يوم يقدم فلان أبداً ، فقدم يوم الاثنين ، فإن الاثنين التي توافق شهر رمضان ؛ لأنه دخل تحت نذره ، نص عليه أحمد رحمه الله في رواية المروذي ، لذلك إذا نذر صيام يوم قدومه ولم يقل : أبدًا ، ونقل جعفر بن محمد عنه أن نذره ينعقد ؛ لأنه قال : يصوم رمضان ويقضي نذره ، وهو الصحيح عندي ، والوجه فيه : أنه نذر طاعة قد يمكنه الوفاء به غالباً فانعقد نذر، كما لو وافق قدومه غير شهر رمضان ، وبيان هذا : أن رمضان قد يتكرر على مر السنين فلا يكاد يتفق رمضان يوم قدومه ، ويفارق هذا إذا نذر صيام يوم يقدم أبداً ، فقدم يوم اثنين فإن نذره لا ينعقد في أثانين شهر رمضان ؛ لأن رمضان لا ينفك عن الثانين ، فلهذا لم ينعقد نذره ، فعلى هذا إذا وافق نذره شهر رمضان صامه عن رمضان ، ولا يجوز أن يصومه عن نذره ؛ لأن رمضان يستحق له لا ينعقد فيه غيره ، ويكون عليه قضاء نذره والكفارة ؛ لأنه علق نذره بصيام وقت بعضه وقد يقدر عليه ذلك فكان عليه الكفارة ، كما لو نذر صيام شهر بعينه فمرض فعليه الكفارة مع القضاء، وهذا فصل يأتي .

فإن وافق قدومه يوم الفطر والأضحى انعقد نذره نقله الخرقي ؛ لأنه قال :

فإن قدم يوم فطر أو أضحى أفطر وقضى يوماً مكانه ، ويلزمه على قياس هذا أن يقول في شهر رمضان أن ينعقد نذره ؛ لأن المعنى فيها واحد ، وهو أنه يمكنه الوفاء به ؛ لأن الأعياد [تتكرر][1] على مر السنين ، فلا يكاد يتفق يوم العيد يوم قدومه ، وعلى هذا لو نذر أن يصوم يوم يقدم فلان أبداً فوافق قدومه يوم الاثنين ، فوافق شيء من ذلك يوم عيد انعقد نذره ، ويكون عليه القضاء ، نص عليه أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب فيمن نذر أن يصوم كل اثنين فوافق يوم عيد أنه يقضيه ، وكان المعنى فيه أن الأعياد [تتكرر][2] ولا يكاد يتفق يوم العيد يوم الاثنين، فإذا ثبت أن نذره ينعقد ، فلا يجوز صيامه عن نذره، ولأنه زمان مستحق فطره ويكون عليه القضاء والكفارة ؛ لأنه نذر صيام يوم بعينه ومنع منه مانع ، فهو كما لو نذر صيام شهر فمرض فيه كان عليه القضاء والكفارة ، كذلك هاهنا ، فإن وافق قدومه أيام التشريق فهو كما لو نذر صيام شهر فمرض فيه كان عليه القضاء والكفارة ، كذلك هاهنا ، فإن وافق قدومه أيام التشريق فهو كما لو وافق قدومه يوم فطر أو أضحى ، وإذا انعقد نذره فهل يجوز صيامه عن نذره ؟ فعلى روايتين ، إحداهما : يجوز ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه رخص للمتمتع إذا لم يجد الهدي في صيامها[3] ؛ ولأن يوم النحر يوم عيد ، فاختص تحريم الصيام به ؛ لأنما بعده كالفطر .

والثانية : لا يجوز صيامها ؛ لنهي النبي ﷺ عن صيام ستة أيام منها أيام

---

(١) في المخطوط: « يتكر » .

(٢) في المخطوط: «يتكر» .

(٣) رواه البخاري في الصوم (١٨٩٤) .

التشريق[١] ؛ لأنه يوم لا يجوز صومه تطوعاً ، فلا يجوز صومه عن نذره كيوم العيدين ، فعلى هذا يقضي يوماً مكانه ، وعليه الكفارة لما ذكرنا .

مسألة : قال : (ومن نذر أن يصوم شهراً متتابعاً ، ولم يسمه ، فمرض في بعضه ، فإذا عوفي أتمه ، وكفر كفارة يمين ، فإن أحب أن يصوم أي شهر شاء متتابعاً ويكفر كفارة يمين ، وكذلك إذا نذرت المرأة صيام شهر متتابع وحاضت فيه) ، أما إذا أراد البناء على صومه فله ذلك ؛ لأن المرض و الحيض عذر ، فلم يقطع التتابع ، دليله : التتابع الواجب بالزمان ، وهو إذ نذر صوم شهر بعينه فمرض فيه أو حاضت لم يبطل تتابعه ، كذلك لا ينقطع التتابع الواجب بالشرط ، ويكون عليه كفارة يمين ، خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : عليه القضاء لما فاته ، ولا كفارة عليه.

دليلنا : قول النبي ﷺ : « النذر حلفة » وقوله : « كفارة النذر كفارة يمين» فقد شبهه باليمين ، وحكم اليمين في مسألتنا الكفارة ؛ ولأنه صوم واجب ، فجاز أن يتعلق بجنسه القضاء والكفارة ، دليله : صوم رمضان يلزم القضاء والكفارة إذا أخره ، وإذا أراد يبتدئ شهراً متتابعاً فله ذلك ، ولا كفارة عليه ؛ لأن نذره لم يتضمن زماناً بعينه ، ولا تعين بالدخول فيه ، فإذا بدأ شهراً متتابعاً فقد وفى بنذره ، فلهذا لم يلزمه كفارة .

مسألة : قال : (ومن نذر أن يصوم شهرًا بعينه ، فأفطر فيه بغير عذر ، ابتدأ شهرًا ، وكفر كفارة يمين) خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : إن عينه وشرط التتابع ، وهو أن يقول : صوم شهر متتابع ، فإنه ينقطع تتابعه ، ويستأنف

---

(١) رواه أحمد (٤/ ٧٧) .

الصوم ، ولا كفارة عليه ، وإن عينه شهراً بعينه ولم يشترط فيه التتابع بنى عليه وقضى ، دليله : أنه بالتعيين قد وجب صومه متتابعاً بالنذر، فإذا أفطر فيه بغير عذر وجب عليه الابتداء ولم يجز له البناء ، دليله : لو عينه وشرط فيه التتابع ، ولا يلزم عليه صوم شهر رمضان ؛ لأن تتابعه لم يكن بالنذر ، وإنما كان بأصل الشرع ، ولأن ما وجب صيامه بالشرع وكان سببه من جهته فإنه إذا أفطر لغير عذر انقطع تتابعه ، بدليل صوم كفارة الظهار والوطء في رمضان ، ولا يلزم عليه صوم رمضان ؛ لأن ذلك سببه لم يكن من جهته.

والدلالة على وجوب الكفارة : ما تقدم في التي قبلها من الخبر والقياس .

مسألة : قال : (ومن نذر أن يصوم فمات قبل الإتيان به ، صام عنه ورثته من أقاربه ، وكذلك كل ما كان من نذر طاعة لله) يعني بذلك من الصلاة والاعتكاف والحج ؛ لأنه تصح النيابة فيه ، ويقضي عنه وليه إذا كان قد رأى ، كما يقضى عنه الصيام ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله في الصيام قولان ،أحدهما : لا تصح النيابة فيه . والثاني : تصح ، فأما الصلاة فلا تصح النيابة فيها قولاً واحداً .

دليلنا : ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أن امرأة جاءته فقالت رسول الله : إن أختي ركبت البحر ، فنذرت إن الله نجاها أن تصوم شهراً ، فماتت ، فأمر أن تصوم عنها[1] ، وفي حديث آخر: أن امرأة جاءت فقالت يا رسول الله وذكر الخبر فقال : « أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أما كان يجزئ ؟» قالت :

---

(١) رواه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٣٠٨) . قال الألباني : صحيح .

بلى . قال : « فدين الله أولى »[١] .

وعن ابن عباس قال: صيام النذر يقضى[٢] .

وعن عائشة قالت : النذر يصام وفي رمضان يقضى[٣] .

ولأن الصوم عبادة يجب بإفسادها الكفارة ، فصحت النيابة فيها ، دليله : الحج .

ولأنها عبادة مقصودة بسبب وجوبها من جهته فصحت النيابة فيها ، دليله : الكفارة ، ولا يلزم عليه الطهارة ؛ لأنها غير مقصودة ، ولا صلاة الفرض ولا صيام الفرض ؛ لأن وجوبه ابتداء من جهة الله تعالى .

* * *

(١) رواه النسائي في مناسك الحج (٢٦٣٩) .قال الألباني : ضعيف الإسناد .

(٢) روه البخاري في الأيمان والنذور (٦٣٢٠) .

(٣) لم أجده .

كتاب أدب القاضي

الأصل في ذلك الكتاب والسنة ، فالكتاب قوله تعالى : ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾ [ص: ٢٦] ، وقال تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ [النساء: ٦٥] ، وقال تعالى : ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴾ [الأنبياء: ٧٨] ، وقد ذم الله تعالى قوماً دعوا إلى الحكم فأعرضوا عنه فقال تعالى : ﴿ وَإِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ ﴿٤٨﴾ ﴾ [النور: ٤٨] ، وقد مدح قومًا دعوا للحكم فأجابوا فقال تعالى : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا۟ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٥١﴾ ﴾ [النور:٥١] .

وروي عن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ قال : « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر »[1] . فأخبر أن له أجرين إذا أصاب ، أحدهما : على الاجتهاد ، والآخر : على الإصابة، وإذا أخطأ فله أجر على الاجتهاد ، ولا أجر له على الخطأ ، بل الخطأ موضوع عنه .

وروى حنش الصنعاني ، عن علي - عليه السلام - قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً[2] .

---

(١) رواه البخاري في الاعتصام (٦٩١٩) ، ومسلم في الأقضية (١٧١٦) .

(٢) رواه أبو داود في الأقضية (٣٥٨٢) . قال الألباني : حسن .

وهو إجماع الصحابة ، وروي أن أبا بكر - رضي الله عنه - بعث قاضياً إلى البحرين[1] ، وبعث عمر - رضي الله عنه - أبا موسى الأشعري إلى البصرة قاضياً[2] ، وبعث عبدالله بن مسعود إلى الكوفة[3] .

وقال ابن مسعود : لئن أجلس يوماً فأقضي بين الناس أحب إلي من عبادة سنة[4] .

وبعث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - عبدالله بن عباس إلى البصرة قاضياً[5] ، والخلفاء من بعد كل خليفة بعث قضاة ، يبين أنه إجماع .

مسألة : قال أبوالقاسم : (ولا يولى قاض حتى يكون بالغاً ، عاقلا ، مسلماً، عدلاً ، فقيهاً ، ورعاً ، حراً) ، أما البلوغ فشرط ؛ لأن القضاء يتضمن تنفيذ الأحكام ، والصبي ليس من أهل التنفيذ ، ولأنه غير مكلف، فأشبه بالمجنون .

وأما الإسلام والعدالة فشرط أيضاً ؛ لأنه يتضمن فعل القضاء ، فوجب أن لا ينعقد من فاسق أو كافر ، كالإمامة الكبرى ؛ ولأنه يشتمل على الولاية في المال وعلى الأطفال والنكاح ، وكل هذا يفتقر إلى العدالة ، فوجب أن لا ينعقد من فاسق .

وأما العلم والفقه فشرط أيضاً . فإن كان عامياً لم يجر أن يكون قاضياً، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يجوز أن يكون عامياً ، يقلد العلماء ويحكم .

---

(١) لم أجده .

(٢) رواه البيهقي (١٠/ ١٥٠) .

(٣) رواه البيهقي (٦/ ٣٥٤) .

(٤) رواه البيهقي (١٠/ ٨٩) .

(٥) رواه وكيع في أخبار القضاة (١/ ٢٨٨) .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ [المائدة: ٤٩] . ومن حكم بالتقليد فما عرف ما أنزل الله، وقال تعالى : ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] . ومن رده إلى العامي فما رده إليهما.

وأيضاً روى سليمان بن بريدة ، عن أبيه ، عن النبي ﷺ أنه قال : « القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار ، فالذي في الجنة رجل عرف الحق فحكم به ، ورجل عرف الحق فخالفه فذلك في النار ، ورجل قضى بين الناس على جهل فذلك في النار»[١] ومن قضى بالفتوى فقد قضى على جهل ؛ لأن القضاء أقوى وآكد من الفتوى ؛ لأن [المفتي][٢] لا يجبر على القبول بفتواه والعمل بقوله ، والقاضي يجبره على حكمه ويكرهه على النزول ، يجب قبول حكمه والأخذ بقوله ، ثم ثبت أن المفتي لا يصح أن يفتي على استفتاء ، فبأن لا يقضي القاضي على استفتاء أولى .

وقوله : (ورعاً) وذلك لأن الورع يصده ويمنعه عن التصرف في أموال اليتامى والتأويل في أخذها والتصرف فيها بغير حق .

مسألة : قال : (ولا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان) وذلك لما روى عبدالرحمن بن أبي بكرة عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « لا يقضي القاضي بين اثنين ، ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان »[٣] .

---

(١) رواه أبو داود في الأقضية (٣٥٧٥) ، والترمذي في الأحكام (١٣٢٢) ، وابن ماجة في الأحكام (٢٣١٥) . قال الألباني : صحيح .

(٢) في المخطوط : «والفتوى» .

(٣) رواه البخاري بنحوه في الأحكام (٦٧٣٩) ، ومسلم في الأقضية (١٧١٧) .

وروي عطا عن أبي سلمة أن النبي ﷺ قال: « من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فلا يقضي وهو غضبان »[١].

ولأنه إذا غضب تغير عقله، ولم يقدر أن يجتهد في الحادثة، فلهذا منع منه.

مسألة: قال: (وإذا أنزل به الأمر المشكل يشاور فيه أهل العلم والأمانة)

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] ولم يرد به المشاورة في الأحكام وما يتعلق بالشريعة، وإنما أراد به ما يتعلق بتدبير الحروب ونحوه. قال الحسن: إن [كان][٢] رسول الله لغني عن مشورتهم، لكن أراد أن يسير به الحاكم بعد[٣]. وقال: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨].

وأيضاً روى أن رسول الله ﷺ شاور في مواضع في أسارى بدر، فقال أبوبكر فيها قولاً، وقال عمر فيها قولاً[٤]، وشاور أهل المدينة في يوم الخندق[٥]؛ ولأن الصحابة شاورت، فأبوبكر شاور الصحابة في الجدة أم الأم[٦]، وعمر في الجدة أم الأب[٧]، وشاور في دية الجنين[٨]، وفي التي

---

(١) رواه أبو يعلى في مسنده (٥٨٦٧، ٦٩٢٤).

(٢) في المخطوط: " كا ".

(٣) لم أجده.

(٤) مسلم في الجهاد (١٧٦٣).

(٥) رواه عبد الرزاق (٩٧٣٧).

(٦) رواه أبو داود في الفرائض (٢٨٩٤).

(٧) انظر ما قبله.

(٨) رواه النسائي في القسامة (٤٨١٦).

أجهضت ما في بطنها[١] ؛ ولأن الناس بهم حاجة إلى المشاورة ؛ لأن أحدًا لا يحيط علمه بالشريعة ، وقد يقع للواحد قياس ويفقده غيره ، وقد ينسى الخبر وآخر يذكره ، وقد يبلغ إلى واحد ولا يبلغ إلى غيره .

مسألة : قال : (ولا يحكم الحاكم بعلمه) ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي رحمهما في قولها : له أن يحكم بعلمه ، إلا أن أبا حنيفة قال : يحكم بعلمه فيما علمه بعد ولاية في غير الحدود ، ولا يحكم بما علمه قبل ولايته ولا فيما علمه بعد الولاية في الحدود ، والشافعي قال : يحكم الحاكم فيما علمه قبل ولاية وبعد ولايته إلا في الحدود ، وله قولان .

دليلنا ما روي أن النبي ﷺ بعث أبا جهم مصدقاً فلاجّه رجلان فشجّها ، فأتيا النبي ﷺ يطلبا القصاص ، فبذل لهما فرضيا فقال : « إني أخطب الناس وأذكر لهم ذلك ، أفرضيتما ؟» قالا : نعم، فخطب الناس ثم قال: « أرضيتما » بعد أن ذكر القصة ، قالا : لا ، فهم بهما المهاجرون والأنصار ، فمنعهم النبي ﷺ ، ثم نزل فزادهما فرضيا ، فصعد المنبر فقال : « أرضيتما » ؟ قالا : نعم[٢]. نعم[٢]. فوجه الدلالة : أنه لم يحكم عليهما بعلمه لما جحدا أن يكونا رضيا ؛ ولأنه امتنع من قتل المنافقين مع علمه بكفرهم وقال : « لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه »[٣] وإنما لم يقتلهم ؛ لأن الناس لم يعلموا بكفرهم كعلمه ؛ ولأن الحاكم قد تلحقه [تهمة][٤] في حكمه بعلمه ، وهو أن يدعى

---

(١) رواه البخاري في الديات (٦٥٠٩) ، ومسلم في القسامة (١٦٧٢) .

(٢) رواه أبو داود في الديات (٤٥٣٤) ، والنسائي في القسامة (٤٧٧٨) .

(٣) رواه البخاري في التفسير (٤٦٢٢) ، ومسلم في البر والصلة (٢٥٨٤) .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام ز

عليه أنه حكم على عدوه، وهذا المعنى مؤثر في منع الحكم، ألا ترى أنه لا يجوز أن يقضي لأبيه وابنه لأجل التهمة، كذلك هاهنا؛ ولأنه لو كان علمه كالبينة لوجب أن ينعقد النكاح بقوله وحده، فلما لم ينعقد بقوله وحده بطل أن يكون علمه كالبينة، ويفرض الكلام في الحدود.

والدلالة على أنه لا يجوز أن يحكم بعلمه في الحدود: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]. فأمر بجلد القاذف متى لم يقم البينة، وقوله ﷺ في حديث هلال بن أمية لاعن امرأته: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لهلال، وإن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك» فجاءت به على النعت المكروه، فقال: «لو كنت راجماً بغير بينة لرجمتها»[1].

فموضع الدلالة: أنه علم أنها زنت لإخباره أنها جاءت به على نعت كذا فهو من غير زوجها، ثم لم يحكم بالحد لعدم البينة، وعندهم يجب أن يرجمها إذا علم بذلك.

وروي عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - أنه قال: لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أقمته عليه حتى يشهد عليه[2] أربعة[3] ولا مخالف له.

وعن ابن عمر أنه تداعى عنده نفسان، فقال له أحدهما: أنت شاهدي.

---

(١) رواه البخاري في الطلاق (٥٠١٠)، ومسلم في اللعان (١٤٩٧) ولكن ابن عباس ذكر أن تلك امرأة أخرى أعلنت.

(٢) في المخطوط: "على".

(٣) رواه البيهقي (١٠/ ١٤٤) بنحوه.

قال : إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولم أشهد [1] . يعني لا أكون قاضياً بشهادة نفسي ، ولا مخالف لها .

وإذا ثبت هذا في الحدود ، فنقول : حكم بعلمه فلم يجز ، أصله الحدود ، كما لو علمه قبل ولايته .

مسألة : قال : (ولا ينقض الحاكم من حكم غيره إذا رفع إليه ، إلا ما خالف كتاباً ، أو سنة ، أو إجماعاً) وذلك لقوله تعالى : ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] . فمعناه إلى قوله وقول الرسول ، فإذا لم يرجع إليه يجب أن ينقض به ، وقال الله : ﴿وَمَا ٱخۡتَلَفۡتُمۡ فِيهِ مِن شَيۡءٖ فَحُكۡمُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [الشورى: ١٠] . وقد اختلفا في شيء ، فوجب أن يكون حكمه إلى الله تعالى .

وأيضاً روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من أدخل في ديننا ما ليس فيه فهو رد عليه » [2] .

وأيضاً روي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري كتاباً يقول فيه : لا يمنعك قضاء قضيته ثم راجعت رأيك فهديت لرشدك أن تراجع ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، والرجوع إلى الحق أولى من التمادي في الباطل [3] .

وكذلك كان عمر رضي الله عنه لا يورث المرأة من دية زوجها حتى روى الضحاك بن سفيان أن النبي ﷺ ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها [4] .

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٢٣٦١) بنحوه .

(٢) علقه البخاري بمعناه في الاعتصام ، ورواه مسلم في الأقضية (١٧١٨) .

(٣) رواه الدارقطني (٤/ ٢٠٦) ، والبيهقي (١٠/ ١١٩) .

(٤) رواه أبو داود في الفرائض (٢٩٢٧)، والترمذي في الديات (١٤١٥) . قال الألباني: صحيح.

وكان عمر رضي الله عنه يفاصل في دية الأصابع[1] حتى أخبر أن رسول الله ﷺ قال : « في كل أصبع عشر من الإبل »[2].

ولأنه فرط تفريطاً فاحشاً ، فسقط حكمه ، كما قلنا في الوكيل إذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله ، أو حكم بشهادة كافرين .

مسألة : قال : (وإذا شهد عنده من لا يعرف سأل عنه) ظاهر هذا أن ذلك في سائر الأحكام من قصاص وحد ومال ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن شهد على حد أو قصاص فلابد من معرفة العدالة في الباطن ، فأما إذا شهد بغير ذلك فإنه يقضي بالعدالة في الظاهر إلا أن يطعن الخصم فيهم ، فيحتاج أن يسأل عن العدالة في الباطن .

دليلنا : ما روي أن رجلاً ادعى عند عمر رضي الله عنه على رجل حقاً ، فأنكر المدعى عليه ، فأتى المدعي بشاهدين ، فقال لهما عمر : لست أعرفكما، ولا يضركما إن لم أعرفكما ، جيئا لي بمن يعرفكما ، فأتيا برجل فقال له عمر رضي الله عنه : أتعرفهما ؟ فقال : نعم ، فقال له عمر : صحبتهما في السفر الذي يبين فيه جواهر الناس ؟ قال : لا . قال : هل كنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا . قال :عاملتهما في الدراهم والدنانير الذي يقطع بها الرحم ؟ قال : لا . قال عمر : يا ابن أخي لا تعرفهما ، هات من يعرفهما[3]. فوجه الدلالة : أنه لم يحكم به في الظاهر حتى بحث ، فلما لم

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٥٥٢) ، وليس فيه : " حتى أخبر .....إلخ " .

(٢) رواه الترمذي في الديات (١٣٩١) . قال الألباني : صحيح .

(٣) رواه البيهقي (١٠/ ١٢٥ – ١٢٦) .

يعرف العدالة لم يحكم، ثبت أن البحث واجب ، لأنه حكم بشهادة فلم يجز تنفيذه إلا بعد معرفة عدالة الشهود في الباطن ، كما لو كانت الشهادة بحد أو قصاص ؛ لأن العدالة شرط في الحكم، فلم يجز الاقتصار على معرفتهما على الظاهر ، قياساً على الإسلام .

مسألة : قال : (فإن عدله اثنان وجرحه اثنان ، فالجرح أولى) وذلك أن من شهد بالجرح معه زيادة ؛ لأن الإنسان يظهر الطاعة ويستر المعاصي ، فمن شهد بالعدالة شهد بالظاهر ، ومن جرح عرف الباطن ، فكان معه زيادة على الظاهر ، كما قلنا فيمن مات ، فشهد شاهدان أن أمه ولدته وحده ، وشهد آخران له أخوين ، كان الزائد أولى ، وكذلك لو شهد اثنان أنه مات وخلف هذه الدار على ورثته ، وشهد آخران أنه باعها قبل وفاته ، كان من شهد بالبيع قبل الموت أولى ، أو شهد شاهدان أن له عليه ألفاً ، وشهد آخران أنه قضاه ، كان من شهد بالقضاء أولى ؛ لأنه زائد ، ولو كانت الزيادة مع المزكي قدمت على الجرح ، وهو إذا انتقل عن بلده إلى بلد غيره ، فشهد اثنان من بلده بالجرح واثنان من البلد الذي انتقل إليه بالعدالة كانت أولى ؛ لأنه قد يترك المعاصي ويتشاغل بالطاعة ، فيعرف هذان ما خفي عن الأولين، وكذلك لو كان البلد واحداً ، فسافر فزكاه أهل سفره وجرحه أهل بلده ، كانت التزكية أولى .

مسألة : قال : (ويكون كاتبه عدلاً ، وكذلك قاسمه) ، وذلك لأنه موضع الحاجة ، فاعتبر فيه العدالة ، خوفاً أن يكون في كتابته وقسمته جائراً ، كما يعتبر ذلك في الشهادة خوفاً أن يشهد بالزور .

مسألة : قال : (ولا يقبل هدية من لم يكن يهدي له قبل ولايته) ، وذلك لما روى أبو حميد الساعدي قال : استعمل رسول الله ﷺ رجلاً من أسد يقال

له ابن اللتبية على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدي إليّ . فقال النبي ﷺ : « ما بال العامل نبعثه على أعمالنا فيقول : هذا لكم وهذا أهدي إلي، فهلا جلس في بيت أمه أو بيت أبيه - وفي بعضها - على أريكته فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ فوالذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته إن كان بعير له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة تثغر ، ثم رفع يديه حتى رأينا بياض إبطيه ثم قال : « هل بلغت »[1].

وأما إن كان مما جرت عادته بمهاداته فالمستحب أن يتنزه عنها ، فإن أخذها لم يحرم ؛ لأن ليس الظاهر من حاله أنها رشوة ، ويفارق هذا إذا لم تجر العادة بمهاداته ؛ لأن الظاهر أنها على طريق الرشوة ، فلهذا فرقنا .

مسألة : قال : (ويعدل بين الخصمين في المجلس والدخول عليه والخطاب) ، وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده ، ولا يرفعن صوته على أحدهما ما لا يرفعه على الآخر»[2] .

وروى أن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى أبي موسى الأشعري كتاباً يقول فيه : وسو بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك ، حتى لا ييأس ضعيف من عدلك ، ولا يطمع شريف في جنفك .

وروي أنه كان بين عمر وأبي حكومة ، فأتيا زيد بن ثابت في داره ، فقال زيد ابن ثابت لعمر : لو أرسلت إلي لجئتك ، فقال عمر : في بيته يؤتى الحكم،

(١) رواه البخاري في الحيل (٦٥٧٨) ، ومسلم في الإمارة (١٨٣٢) .

(٢) رواه الدارقطني (٤/ ٢٠٥) ، والبيهقي (١٠/ ١٣٥) .

فأشار زيد إلى وسادة ليقلبها لعمر ، فقال عمر -رضي الله عنه -: هذا أول الجور ، سوي بيننا في المجلس ، فنظر بينهما ، فتوجهت اليمين على عمر ، فقال زيد لأبي : لو أعفيت أمير المؤمنين عن اليمين ، فقال عمر : ما يدري زيد ما القضاء حتى يسوي بين الخصمين [(١)] .

ولأنه إذا أقبل على أحدهما كسر قلب الآخر، وقصر في إيراد حجته، فلهذا سوى بينهما .

مسألة : قال : (وإذا حكم على رجل في عمل غيره ، وكتب بإنفاذ القضاء عليه إلى قاضي ذلك البلد ، قبل كتابه ، وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق) وهذا محمول عليه إذا كان الحكم في عمله ، وسواء كان المحكوم عليه من عمله أو من عمل غيره إذا كان الحكم وقع في عمل نفسه ، فأما إن كان الحكم وقع عليه في عمل غيره فإنه لا يصح ، سواء كان على رجل في عمله أو عمل غيره؛ لأنه إنما جعل له النظر في شيء مخصوص فتصرف في غيره ، فلم يصح، أما إذا كان الحكم على رجل من عمل غيره وكان الحكم في عمله فهو صحيح ؛ لأنه موضع ولايته التي جعل له الحكم فيها فصح ، كما لو كان رجل من أهل عمله ، وإذا حكم بذلك كتب به إلى قاضي ذلك البلد الذي فيه الرجل المحكوم عليه بالحق ؛ لأن الحكم الذي وقع عليه صحيح ، ويلزمه قبول كتابه والحكم به .

مسألة : قال : (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة عدلين يقولان : قرأه علينا ، أو قرئ عليه بحضرتنا ، فقال : اشهدا على أنه كتابي إلى فلان) خلافًا لمالك

---

(١) رواه البيهقي (١٠/ ١٤٤) .

وعبيدالله بن الحسن والحسن البصري في قولهم : يقبل الخط .

دليلنا : هو أن ما أمكن إثباته بشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر ، قياساً على إثبات المعقود وغير ذلك عند الحاكم ، ولأن الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم فلم يجز قبول ذلك الخط والختم لجواز أن يكون قد زور على خطه وختمه .

مسألة : قال : (ولا يقبل الترجمة عن أعجمي حاكم إليه إذا لم يعرف لسانه إلا من عدلين يعرفان لسانه) خلافاً لأبي حنيفة [في] قوله : يقبل ذلك من واحد .

دليلنا : أنه ثبت إقراره ببينة ، فوجب أن يكون من شرطه العدالة ، كما لو أقر به في غير مجلس الحاكم .

ولأن الحاكم إذا لم يعرف لغة المقر كان وجود اللفظ عند الحاكم وعدمه سواء ، فإذا كان كالمعدوم كان كأنه أقر في غير مجلس الحاكم ، ولو أقر في غير مجلس الحاكم ، لم يثبت إقراره في مجلس الحاكم إلا بشاهدين ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (ويحكم على الغائب إذا صح الحق عليه) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز القضاء عل الغائب إلا أن يكون له وكيل حاضر .

دليلنا : ما روى أبوموسى الأشعري رضي الله عنه قال : كان إذا حضر عند رسول الله ﷺ فتواعد من غد ، فوافى أحدهما ولم يوافي الآخر ، قضى للذي وفى على الذي لم يوف . ومعلوم أنه ما قضى بذلك بدعواه وإنما كان يقضي بالبينة ، وهذا قضاء على الغائب .

وروي أن هند امرأة أبي سفيان أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله إن أبا

سفيان رجل شحيح ، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه ، أفيجوز لي ذلك ؟ قال : « فخذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] ، وهذا نص لأنه قضى على أبي سفيان وهو غائب .

ولأنه إجماع الصحابة – رضوان الله عليهم – .

وروى ابن عمر صعد المنبر فقال : ألا أن الأسيفع أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال : سابق الحاج أو سبق الحاج ، فمن كان له عليه دين فليأت غدًا فإنا نقسم ما له بينهم بالحصص[2]. فالظاهر أنه قضى عليه بذلك وقسم ماله بين غرمائه وهو غائب ؛ لأنه كان معرضًا ، ولا مخالف له من الصحابة .

ولأنها بينة له مسموعة ، فجاز للحاكم أن يقضي بها إذا طولب بها ، قياساً عليه إذا كان المدعى عليه حاضراً ، وكل بينة جاز القضاء بها على الحاضر جاز القضاء بها على الغائب ، قياساً عليه إذا كانت وكيل حاضر.

مسألة : قال : (وإذا أتاه شريكان في ربع وغيره ، وسألاه أن يقسمها بينهما قسمها ، وأثبتت في القصة بذلك) أي قسمته بينهما لا عن إقراره لا عن بينة شهدت بملكها ، إنما جارت القسمة بينهما وإن لم تقم بينة بالملك ؛ لأن اليد تدل على الملك كالبينة ، وإنما يختلفان في أن اليد تفتقر إلى يمين تسقط بها الدعوى ، ومن أقام البينة لا يحتاج إلى يمين ، ثم ثبت أنهما لو أقاما البينة قسمها بينهما ، كذلك إذا كانت اليد عليهما ، وإنما قال : ثبت في ديوان الحكم

---

(١) رواه البخاري في النفقات (٥٠٤٩) .

(٢) عزاه في البدر المنير (٦/ ٦٦٠) لأبي عبيد في غريبه .

أنه قسم عن إقرار لا عن بينة؛ لأن من الناس من يرى أن القسمة حكم بالملك، فربما كان لغيرهما فحكم لهما به ويصير حجة لهما بالملك ، فإذا كتب في ديوان حكمه أنه عن إقرار لا عن بينة فقد احترز من هذا وأمن أن يكون حكماً بالملك لهما ، وقد قيل : إن الفائدة في ذلك أن القسمة بإقرارهما حكم عليهما، وبالبينة حكم عليهما وعلى غيرهما ، فلذلك وجب أن نبين .

مسألة : قال : (ولو سأل أحدهما شريكة مقاسمته ، فامتنع ، أجبره الحاكم على ذلك إذا ثبت عنده ملكهما ، وكان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوماً).

أما قوله : (يجبره الحاكم على ذلك إذا ثبت عنده) معناه أنه لا يجبرهما على القسمة بمجرد اليد حتى تقوم البينة على الملك ، بخلاف المسألة الأولة ، وهو إذا اتفقا على [القسمة][1] ؛ وذلك لأن اليد لا تثبت الملك وإنما تدل عليه ، وفي إجبار أحدهما على القسمة بغير بينة حكم على الممتنع منهما فيما لم يثبت به ملك لخصمه فيه ؛ لأنه يلزمه ويجبره على القسمة ، ويفارق هذا إذا اتفقا على القسمة أنه يقسم ؛ لأنه ليس بإيجاب حكم من جهته .

وأما قوله : (إذا كان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوماً) ، وذلك مثل الضياع ؛ لأن الضيعة إذا كانت مائة جريب ، فأفرد كل عشرة منها ، كان المتفرد والمشاع سواء ، فأما إن كان ممن لا ينتفع به مقسوماً ويلحق الضرر بكل واحد منهما مثل الدور والعقار والدكاكين الضيقة فإنه لا يجبر على القسمة في ذلك.

والدلالة على أنه يجبر الممتنع على القسمة إذا لم يكن فيها ضرر ، وأمكن الانتفاع به مقسوماً : أن كل من كان له ملك كان له أن ينسبه إلى ما يفيد به

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام .

الانتفاع الكامل والتصرف التام فيه ، فإذا أفرده ملك الانتفاع فيه بعد بغراس وزرع وبناء من غير توقف ولا تنازع ، وإذا كان حقه مشاعًا لم يملك هذا ، فلهذا كان له المطالبة بها وأجبر الممتنع عليها .

ولأنه إذا كان شريكًا استضر سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، وبالقسمة يزول ذلك ، فكان له المطالبة بها بإزالة الضرر عن ملكه .

والدلالة على منع القسمة فيما لا ينتفع به مقسوماً : ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ضرر ولا إضرار »[1] .

وروي «عن النبي ﷺ أنه نهى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال»[2].

ولأنها قسمة ضرر ، فوجب أن لا يجبر عليها ، كما لو كان بينهما جوهرة، فطالب بعضهم بقسمتها وأبى الباقون ؛ لأن القصد إزالة الضرر بسوء المشاركة واختلاف الأيدي ، فإذا كان في القسمة ضرر لم يجبر الممتنع منهما؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر ، فإن كان الضرر يلحق بأحدهما نقلت ؛ فإن كان الضرر يدخل على الطالب لم يجبر الشريك على القسمة ؛ لأنه مضر بشريكه من غير منفعة تحصل له ، وإن كان الضرر يدخل على الشريك دون الطالب احتمل أن يجبر الشريك على القسمة ؛ لأن للطالب فيه حظًا ، ولا يعتبر بالضرر الذي يلحق بشريكه ؛ لأنه مثله على هذا الوجه الذي لا يمكنه

---

(١) رواه الدارقطني (٤/ ٢٢٨). وبلفظ: «لا ضرر ولا ضرار» رواه ابن ماجة في الأحكام (٢٣٤١)، وأحمد (١/ ٣١٣).

(٢) رواه البخاري في الرقاق (٦١٠٨) ، ومسلم في الأقضية (٥٩٣) .

الانتفاع به مفردًا ، ويحتمل أن لا يجبر ، لأن عليه فيه ضرر ، فهو كما لو كان الضرر داخلاً عليهما .

مسألة : قال : (وإذا قسم طرحت السهام ، فصار لكل واحد ما وقع سهمه عليه، إلا أن يتراضيا ، فيكون لكل واحد ما يرضى به) إنما قال : «تطرح السهام» بعد القسمة؛ لأنه أبعد للتهمة، وأسكن لنفس المتقاسمين، فلهذا قلنا : تطرح السهام .

* * *

كتاب الشهادات

الأصل في الشهادات قوله تعالى : ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، وقال تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ، وقال تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] .

وأيضاً روى أبو هريرة أن سعداً قال : يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال: رسول الله ﷺ : « نعم »[1] .

وروى وائل بن حجر أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت لقيا النبي ﷺ فقال الحضرمي : هذا غلبني على أرضي ورثتها من أبي . فقال الكندي : أرضي في بيتي أزرعها لا حق له فيها . فقال النبي ﷺ: «ألك بينة» قال : لا[2] . فلو أن البينة حجة تثبت بها الحق ما سأله عنها .

وروى ابن عباس قال : سئل النبي ﷺ عن الشهادة فقال : « ترى الشمس على مثلها فاشهد أو دع »[3] .

مسألة : قال : (ولا يقبل في الزنا إلا أربعة أحرار مسلمين رجال) وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾

---

(١) رواه مسلم في اللعان (١٤٩٨) .

(٢) رواه مسلم في الإيمان (١٣٩) .

(٣) رواه البيهقي (١٠/ ١٥٦) ، والحاكم في المستدرك (٤/ ١١٠) .

[النور : ٤] فجعل له التخلص بأن يأتي بأربعة شهداء ، ثبت أنه لا يثبت ما يتخلص بأقل عن أربعة شهداء فقال تعالى : ﴿وَٱلَّٰتِي يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء:١٥] . فكان حد الزاني في ابتداء الإسلام الحبس في البيوت إلى الوفاة ، والشهادة أربعة ، فنسخ الحبس إلى الجلد والرجم ، وبقي حكم الشهادة على الأصل ، قال النبي ﷺ : «خذوا عني خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلًا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب الجلد والرجم »[١] .

وروى أبو هريرة أن سعدًا قال: يا رسول الله، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلًا أمهله حتى آتي بأربعة شهود ؟ قال : «نعم»[٢]. ثبت أن الأربعة شرط .

مسألة : قال : (ولا يقبل فيما سوى الأموال فيما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين) ، وذلك مثل النكاح والطلاق والرجعة والقتل الموجب للقود والنسب ونحو ذلك ، وكل هذا لا يثبت إلا بشهادة ذكرين ، ولا مدخل للنساء فيه ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين .

دليلنا : ما روى ابن عباس[٣] وابن عمر[٤] وغيرهما عن النبي ﷺ قال : «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »[٥]. فأثبته بشاهدين ، والشاهدان في اللغة

---

(١) رواه مسلم في الحدود (١٦٩٠) .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) رواه البيهقي (٧/ ١١٢ ، ١٢٦) .

(٤) رواه الدارقطني (٣/ ٢٢٥) .

(٥) رواه ابن حبان (٤٠٧٥) عن عائشة رضي الله عنها، والطبراني في الأوسط (٥٥٦٠) عن جابر رضي الله عنه .

عبارة عن ذكرين ، يقال : شاهد وشاهدان في المذكر ، وشاهدة وشاهدتان في المؤنث ، فلما أضاف الشاهدين ثبت أنهما ذكران ، وأيضاً كل ما لم يكن المقصود منه المال ، فإذا لم يكن المقصود منه المال فإذا لم يقبل فيه النساء على الانفراد لم يقبل مع الرجال ، كالحدود .

مسألة : قال : (ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين ، ورجل ويمين الطالب) مثل القرض والغصب وما في معناه مما كان منه المقصود المال ، كالبيع والصرف والرهن والسلم والإجارة والهبة فإنه يثبت بشاهد وامرأتين ، وشاهد ويمين الطالب ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يثبت بشاهد ويمين الطالب ، وخلافاً لمالك في قوله : يثبت بامرأتين ويمين الطالب .

والدلالة على أنه يثبت بشاهد وامرأتين : قوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] . وهذا في الدين .

ولأن العقود على الأموال يتسع في الصرف والسلم والصلح والإجارة وغير ذلك ، فخفف الأمر فيها لكثرة الحاجة إليها ، فقبل فيها النساء مع الرجال .

والدلالة على القضاء بالشاهد واليمين : ما روى عمرو بن دينار، عن ابن عباس « أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد »[1] .

وروى هذا أبو هريرة وجابر[2] وغيرهما .

---

(١) رواه أبو داود في الأقضية (٣٦١٠) ، والترمذي في الأحكام (١٣٤٣) ، والطبراني في الأوسط (٥٥٦٠) عن جابر رضي الله عنه .

(٢) رواه الترمذي في الأحكام (١٣٤٤) ، وابن ماجة في الأحكام (٢٣٦٩) .

ويدل عليه أيضاً : ما روى جعفر بن محمد عن أبيه علي قال: « كان رسول الله ﷺ يقضي بشهادة واحد مع يمين صاحب الحق »[١] وقضى بها علي بالعراق[٢].

وروى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان قضوا بالشاهد الواحد ويمين المدعي[٣]. وهذه الأخبار نصوص في المسألة.

ولأنه أحد المتداعيين ، فجاز أن يثبت باليمين في جنبته ابتداء ، دليله : المدعى عليه ، نقيض المدعي على المدعى عليه في جواز ثبوت اليمين في جنبته ، وعند أبي حنيفة : لا يثبت في جنبة المدعي بحال .

ولأن اليمين في الأصول تثبت في جنبة أقوى المتداعيين سببًا، بدلالة : أن رجلين لو تداعيا [شيئًا] كان في يد أحدهما كان القول قول صاحب اليد لقوة سببه ، وكذلك من ادعى دينًا على غيره كان القول قول المدعى عليه ؛ لأن الأصل براءة ذمته ، وكذلك إذا أقام المدعي شاهداً واحداً وقد قويت جنبته ؛ لأنه قد أتى بنصف البينة ، فتثبت اليمين في جنبته .

والدلالة على أنه لا يقضي بيمين وامرأتين ، خلافاً لمالك : هو أنه يثبت حق بينته ليس فيها ما يقبل في النكاح ، فوجب أن لا يحكم بها ، دليله : إذا أقام أربع نسوة .

---

(١) رواه البيهقي (١٠/ ١٧٠) .

(٢) رواه الدارقطني (٤/ ٢١٢) .

(٣) رواه الدارقطني (٤/ ٢١٥) ، والبيهقي (١٠/ ١٧٣) .

ولأن كل واحد من اليمين والمرأتين حجة ضعيفة ، بدليل : أنه لا مدخل لأحدهما في النكاح والطلاق والعتق والقصاص ، والضعيف إنما يقبل إذا كان معه ما هو أقوى منه وهو الرجل ؛ لأن الرجل يقبل في سائر الحقوق فقوى الضعيف ، فأما إذا انضاف ضعيف إلى ضعيف فلا يجوز الحكم به ، كما لو حلف بيمينين وأقام أربع نسوة .

مسألة : قال : (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال ، مثل الرضاع ، والولادة ، والحيض ، وما أشبهه شهادة امرأة عدلة) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا يقبل في ذلك أقل من أربع نسوة ، وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يقبل في الرضاع شهادة النساء بانفرادهن ، وقد مضى الكلام معه في كتاب الرضاع فلا نعيده .

دليلنا : ما روى عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « يجزئ في الرضاع شهادة امرأة واحدة »[1] . ذكره أبوبكر بن جعفر من أصحابنا بإسناده .

وروي أن عقبة بن الحارث تزوج أم يحيى بن أبي إهاب فقالت أمة : قد أرضعتكما . فحملت إلى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال : « كيف وكيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ، خل سبيلها »[2] .

ولأنها شهادة على عورة تقبل فيها النساء مع الرجال ، فقبل فيها النساء بانفرادهن ، دليله : الولادة .

---

(١) لم أجده عن عمر . وورد نحوه عن ابن عمر رواه عبد الرزاق (١٣٩٨٢) .

(٢) رواه البخاري بنحوه في الشهادات (٢٥١٦) .

والدلالة على أنه يجزئ امرأة واحدة، خلافاً للشافعي رحمه الله: ما تقدم من حديث ابن عمر وعقبة بن الحارث في الرضاع أنه يقبل فيه شهادة امرأة واحدة.

وروى عقبة بن الحارث «أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة»[1] فظاهره أنه أجازها وحدها ما روي أنه قبل شهادة الأعرابي على رؤية الهلال[2]، ففهم من ظاهره أنه قبل شهادته وحده، وأيضاً بالمرأة ضرورة إلى امرأة واحدة لقبول الولد، وليس بها إلى ما زاد عليها كما لا ضرورة بها إلى الرجل، وكما لم تكن شهادة الرجل شرطاً في ثبوت الولادة، كذلك شهادة الثانية والثالثة والرابعة؛ ولأن النساء إذا انفردن فلا حكم لعددهن بدلالة: أن خمس نسوة لو شهدن بحق لم يقطع بشهادتهن، فكان حكم الواحدة والخمس مثبتة سواء، كذلك يجب أن يسقط اعتبار [عددهن][3] في مسألتنا، ويكون حكم الواحدة والجماعة سواء، وإذا ثبت هذا صح مذهبنا.

ولأن الولادة معنى يثبت بقول النساء وحدهن، فجاز أن يثبت بقول امرأة واحدة، كأخبار الديانات.

وأما الرضاع فلا يشبهه في صحة الشهادة عليها، وأما العدة فيصح الشهادة عليها وهو إذا كانت عدتها بالحيض وادعت انقضاء عدتها في أقل إمكان وقد وصف أحمد رضي الله عنه الشهادة على ذلك في رواية الأثرم وهو [أنه][4] قال:

---

(١) رواه الدارقطني (٤/ ٢٣٣)، والبيهقي (١٠/ ١٥١) عن حذيفة.

(٢) رواه أبو داود في الصيام (٢٣٤٠). قال الألباني: ضعيف.

(٣) في المخطوط: «عددن».

(٤) في المخطوط: «أن».

يشهد النساء من أقاربها أنهم رأوها تصوم وتصلي في الأوقات التي ادعت أنها كانت طاهرة فيه فتقبل الشهادة على ذلك .

والدلالة على ذلك : ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في امرأة ادعت انقضاء عدتها في شهر: إن جاءت بنساء من بطانة أهلها يشهدن بذلك صدقت[1]. فقد أجاز الشهادة عليها .

مسألة : قال : (ومن لزمته الشهادة ، فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد ، لا يسعه التخلف عن إقامتها ، وهو قادر على ذلك) وذلك لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] . فنهاه عن الكتمان وتوعده بالعقوبة وهو الإثم ، فلولا أن إقامتها فرض عليه لما نهي عن كتمانها، وقال تعالى : ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] . وهذا عام في التحمل والأداء، وهو بالأداء أشبه ؛ لأنه سماهم شهداء ، والشهداء الذين يحملونها ؛ ولأنها إذا تحملها صارت وثيقة عنده ، وإذا استدعاها منه لزمه بذلها ، كما لو كانت رهناً جعل على يديه ، فإن عليه [بذلها] عند الحاجة لاستيفاء الحق، كذلك الشهادة .

مسألة : قال : (وما أدركه من الفعل نظراً ، أو سمعه يقيناً ، وإن لم ير المشهود عليه شهد به) وذلك لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ﴾ [الإسراء: ٣٦] . قال قتادة : لا يقبل ما لم يسمع ، ولا يقبل ما لم ير .

---

(١) علقه البخاري في الحيض ، ورواه الدارمي (٨٥٥) ، وسعيد بن منصور (١٣٠٩) ، والبيهقي (٧/٤١٨) .

وقال تعالى : ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] . وأثنى على من شهد بالحق وهم يعلمون ، وأثنى على من شهد بالحق على علم ، والعلم يحصل بالمشاهدة ويتيقن بالصوت .

وروى عطاء عن ابن عباس أن النبي ﷺ : سئل عن الشهادة ، فقال : « ترى الشمس ؟ » فقال : نعم . قال : « على مثلها فاشهد أو دع »[١] .

وأما قوله : (أو سمعه) معناه وإن لم ير المشهود عليه شهد به ، فلذلك مثل إن سمع رجلاً لا يرى شخصه ويعلم أنه صوت فلان يقر لزيد بحق ، ويقبل في بيع أو إجارة أو نكاح أو بعتق عبده ونحو ذلك يشرع له أن يشهد عليه ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا يشهد عليه حتى يرى شخصه .

دليلنا : أن الصوت طريق لمعرفة الأشخاص والتمييز بين الأعيان من الوجه الذي نذكره في شهادة الأعمى ؛ لأن البصير ليس بأسوأ حالٍ من الأعمى ، والأعمى تجوز شهادته عندنا ، فأولى أن يجوز بشهادة البصير إذا تيقن الصوت ، ويأتي الكلام على شهادة الأعمى .

مسألة : قال : (وما تظاهرت به الأخبار ، واستقرت معرفته في قلبه ، شهد به ، [كالشهادة] بالنسب وبالولادة) وقد ذكر أحمد رحمه الله في جملة ذلك الشهادة على النكاح والملك المطلق ، وعلى هذا الأصل أيضاً الشهادة بالاستفاضة[٢] بالنسب والولادة تجوز ، فعلى هذا إذا استفاض في الناس أن هذا ابن فلان ولد على فراشه ، تحمل الشهادة بهذا القدر ، كذلك إذا استفاض

---

(١) رواه البيهقي (١٠/ ١٥٦) .

(٢) في المخطوط : «بالاستقامة» .

في الناس أن هذه دار فلان ، وهذا بستان فلان ، وهذا عقد فلان جاز أن يشهد بذلك الملك ، وكذلك إذا استفاض في الناس أن فلانة زوج فلان جاز أن يشهد بالزوجية، وكذلك الاستفاضة بالوقف والعتق والولاء تجوز الشهادة به، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا تجوز الشهادة بالاستفاضة في شيء أصلاً .

دليلنا : هو أن أصل النسب وإلحاق الولد ثابت بغالب الظن ، وهو أن يأتي به على فراشه ، فيغلب على الظن أنه منه ، فإذا كان أصل إلحاقه بالمشاهدة إنما يعود إلى غالب ظنه جاز أن يلحق به بالاستفاضة ؛ لأنه غالب ظنه ؛ ولأن أسباب الملك تتسع ؛ لأنه يملك بالبيع والصلح والإجارة والهبة والميراث والإحياء والغنيمة ، ولا يمكنه ضبط النسب ، فجاز أن يشهد بالملك المطلق ، ويفارق هذا سائر العقود كالبيع والتصرف والسلم والصلح والإجارة والهبة ونحو ذلك لا تجوز الشهادة على ذلك بالاستفاضة ؛ لأن ذلك مما يمكنه إقامة البينة وتحمّل الشهادة عليه قطعًا، فهو كالشهادة على الأفعال ؛ ولأن الوقف على الأيام فلا يبقى من شهد على نفس الوقف من الواقف فلم يكن بد من الشهادة بالاستفاضة وإلا بطلت الوقوف ، وكذلك العتق من يشهد على نفس العتق من المعتق ، وكذلك النكاح بالاستفاضة .

مسألة : قال : (ومن لم يكن من الرجال [والنساء : عاقلًا ، مسلمًا ، بالغًا ، عدلًا][1][2]، لم تجز شهادته) .

أما الفاسق فلا تجوز شهادته ؛ لقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾

---

(١) ما بين المعقوفين من مختصر الخرقي .

(٢) في المخطوط : «بالعدلاء» .

[الطلاق: ٢]، وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢] ، وقال تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ﴾ [الحجرات :٦] . فأمر بالوقف عن نبأ الفاسق ، والنبأ هو الخبر، وكل شهادة خبر ، وليس كل خبر شهادة ؛ ولأن الفاسق متهم ، وهو أن يشهد بالزور فيقتطع مال المشهود عليه .

وأما الصبي فلا تقبل شهادته أيضاً ، وقد نقل النيسابوري عن أحمد رحمه الله جواز شهادته إذا كان ابن عشر سنين ، وقال مالك : تجوز شهادة الصبيان في الجراح إذا [كانوا][1] مجتمعين على الحالة التي تجارحوا عليها ، فأما إذا تفرقوا وشهدوا فإنها لا تقبل .

وجه ما نقله الخرقي : قوله تعالى : ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والصبيان ليسوا من الرجال ، وقال تعالى : ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فتواعد على كتمانه، والصبي لا يلحقه الوعيد ؛ ولأنه غير مكلف ، فأشبه المجنون ، أو نقول فيمن لم يلزمه بإقراره حتى لم يلزم الغير شهادته بحق كالمجنون ، ويؤكد هذا أن الإقرار أوسع حالاً من الشهادة ، وبدلالة أنه يصح من العدل والفاسق والكافر والمسلم ، والشهادة لا تصح من جميعهم ، فلما لم يصح الإقرار من الصبي مع اتساع حاله كان بأن لا يصح شهادته أولى .

ولأنها شهادة من غير مكلف فلم يصح قبولها ، كما لو شهد بمال ، يؤكد هذا أن المال أخف حالاً من الجراح ، بدلالة : أن شهادة النساء تدخل فيها ،

(١) في المخطوط : «كا» .

ولا مدخل لها في القصاص ، فلما لم تقبل شهادة الصبي في المال مع خفة حاله ، فبأن لا يقبل في الجراح أولى .

ووجه الرواية الثانية : أنه ممن يصح إسلامه ووصيته وتدبيره ، فصحت شهادته، كالبالغ .

مسألة : قال : (والعدل من لم تظهر منه ريبة) ظاهر كلامه : أنه متى لم تظهر منه ريبة صحت شهادته ، وإن لم يبحث عن عدالته ، ومن ظهرت منه ريبة ردت شهادته ، وإن لم تتكرر ، فلو كذب كذبة لم تقبل شهادته حتى يموت، خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا تقبل شهادته حتى يبحث عدالته في الباطن ، وقد روى عبدالله عن أحمد - رحمه الله - مثل هذا ، وخلافاً له أيضاً في قوله : إن كان الغالب من أمره الطاعة قبلت شهادته وإن زل في صغره ، وإن كان الغالب من أمره ارتكاب الصغائر ردت شهادته ، فيراعى من أمره الغالب ، وقد أومأ أحمد - رضي الله عنه - إلى هذا في رواية أحمد بن أبي عبده في الرجل يكذب ، فقال : إن كثر كذبه لا تصلي خلفه ، فاعتبر الغالب ، وظاهر كلام الخرقي خلاف هذا ، وقد أومأ أحمد - رضي الله عنه - إلى ما قاله الخرقي في رواية علي بن سعيد في الرجل يكذب كذبة واحدة ، قال : لا يكون في موضع العادل الكذب الشديد ، والدلالة على هذا : ما روى أبوبكر بن جعفر بإسناده ، عن يونس بن شيبة « أن النبي ﷺ رد شهادة رجل في كذبة »[1].

ولأنه إن ردت شهادته بفعل كبيرة وإن لم يتكرر منه ، كذلك الصغائر، وكل

---

(١) رواه البيهقي (١٠/ ١٩٦) ، وقال : مرسل .

ما لو تكرر منه أوجب رد شهادته وجب أن يكون رد شهادته بفعل مرة، دليله: الكبائر.

ووجه ما نقله أحمد بن أبي عبده: هو أن أحداً لا يمحض الطاعات حتى لا تشوبها المعصية يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَعَصَىٰٓ ءَادَمُ رَبَّهُۥ فَغَوَىٰ﴾ [طه:١٢١] ولم يرد بقوله: «غوى» من الغي، وإنما أراد وضع الشيء في غير موضعه، وقال في قصة داود عليه السلام: ﴿أَنَّمَا فَتَنَّٰهُ فَٱسۡتَغۡفَرَ رَبَّهُۥ وَخَرَّۤ رَاكِعٗاۤ وَأَنَابَ﴾ [ص:٢٤]. فأخطأ وتاب الله عليه، وقال النبي ﷺ: «ما أحد إلا عصى أو همَّ بمعصيةٍ إلا يحيى بن زكريا»[1]. فثبت أن من سلمت الأنبياء- عليهم السلام - من الخطأ والمعاصي، وإذا ثبت أن أحدًا لا يتمخض له الطاعات ولا شيئًا من الصغائر، ولو قلنا: لا يقبل الشهادة [إلا] من تمحض الطاعات وترك المعصية أفضى إلى أن لا تقبل شهادة أحد، فلهذا اعتبر من أمره الغالب.

والدلالة على أن البحث ليس بشرط على ظاهر كلام الخرقي: أن الأصل العدالة؛ لأنه يولد مسلماً عدلاً [ ][2] عدلًا فيجب أن يعمل على ذلك الأصل، ولأن البحث لا يفضي إلى حقيقة العدالة؛ لأن أكثر ما فيه سأل جيرانه وأهل سوقه، وليس يمنع هذا الفسق في الباطن؛ ولأن البحث ما كان على عهد رسول الله ﷺ ولا الصحابة.

ووجه الرواية الثانية في اعتبار البحث: أن عمر رضي الله عنه قال للمدعي

---

(١) رواه البزار بنحوه (٤٧٨٤).

(٢) ما بين المعقوفين كلمة واحدة لم تتضح لي.

وقد أتى بشاهدين : لا أعرفهما ، جئني بمن يعرفهما[1] ؛ ولأنه لما لم يحكم بشهادته حتى يختبر إسلامه من على أي جهة حصل ، كذلك في العدالة يجب أن يكون مثله .

مسألة : قال: (وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر ، إذا لم يكن غيرهم ، ولا تجوز في غيرها) يعني بهذه المسألة أن شهادتهم في هذا الموضع جائزة على المسلمين بحال .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ أَوۡ ءَاخَرَانِ مِنۡ غَيۡرِكُمۡ ﴾ [المائدة: ١٠٦] وروي عن ابن عباس قال : من أهل الكتاب[2] .

وعن أبي موسى الأشعري : يعني من أهل دينكم[3] .

وعن الحسن وسعيد بن جبير وسليمان التيمي وسعيد بن المسيب وعبده : من غير أهل دينكم .

وأيضاً روى إسماعيل بن أبي خالد عن عامر قال : شهد رجلان من أهل دقوقاء على وصية مسلم ، فاستحلفهما أبو موسى بعد العصر بالله ما اشترينا به ثمنًا ولا كتمنا شهادة من الله إنا إذن لمن الآثمين . وقال : إن هذه القضية قضى بها منذ مات رسول الله ﷺ إلى اليوم[4] . فظاهر هذا أنها اشتهرت في الصحابة

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) رواه الضياء في المختارة (٤/ ١٣٢) (١٤٩) .

(٣) لم أجده .

(٤) رواه الدارقطني (٤/ ١١٦) .

ولم ينكر قوله «منذ مات النبي ﷺ» دليل على أنه قضى بها في وقت النبي ﷺ.

مسألة: قال: (ولا تجوز شهادة خصم، ولا جار إلى نفسه ولا دافع عنها)، أما الخصم فصفته أن يقذف رجلاً فإنه لا تقبل شهادة المقذوف على القاذف؛ لأنه قد صار عدواً له بقذفه، وكذلك لا تقبل شهادة من قطع عليه الطريق على من قطع، وكذلك لا تقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا؛ لأنه عدو لها؛ لأنها قد ألحقت العار به، وأدخلت على فراشه الماء الفاسد، فلا تقبل شهادته عليها، وكذلك من حصل فيه مثل هذه العداوة ردت بها الشهادة؛ لما روى طلحة بن عبدالله بن عوف قال: «قضى رسول الله ﷺ أن اليمين على المدعى عليه، ولا شهادة لخصم ولا ظنين»[1] يعني بالخصم من ذكرنا المتهم.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود ولا ذي غمر على أخيه»[2] يعني بالغمر الحقد.

ولأنه لا خلاف أن شهادة الوالد لولده وشهاده الولد لوالده لا تقبل، وأنها لم تقبل؛ لأنه متهم عليه فيما شهد به، كذلك هاهنا إذا وجدت العداوة وحصلت التهمة، فوجب أن لا تقبل شهادته عليه؛ لأنه لا شك أنه متهم على عدوه فيما شهد به عليه، وأما الجارّ إلى نفسه فهو مثل أن يشهد غرماء المفلس للمفلس بمال فإنه لا يقبل؛ لأنه يجرّ إلى نفسه نفعًا، كذلك إذا ادعى للمأذون

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢١٢١٦، ٢٣٣١٠)، والبيهقي (١٠/ ٢٠١).

(٢) رواه أبو داود في الأقضية (٣٦٠٠، ٣٦٠١)، وأحمد (٢/ ٢٠٤).

له في التجارة فشهد له سيده ، أو ادعى الوكيل حقاً فشهد له موكله ، أو ادعى الوصي حقاً لا يقبل ؛ لأنه يجر به إلى نفسه حقاً ، ومثل هذا كثير؛ لأنه متهم ، وأما الدافع عنها فإنه يتصور فيما ذكرنا من المسائل ، وبيانه إذا شهد شاهدان على رجل بقتل خطأ ، فشهد اثنان من عاقلة القاتل بجرح الشاهدين لم يقبل ، وهكذا لو شهد على الوكيل ، فشهد الموكل بجرح الشهود ، أو على المكاتب بحق فشهد سيده بجرح الشهود أوالوصي ادعى على الأطفال حقاً وقامت البينة ، فشهد الوصي بجرح الشهود ، أو شهد على أحد الشريكين ، فشهد شريكه بجرح الشهود ، فكل هذا مردود غير مقبول ؛ لما روى طلحة بن عبدالله بن عوف « أن النبي ﷺ قضى بأن اليمين على المدعى عليه ، ولا تقبل شهادة خصم ولا ضنين »[1] يعني المتهم . قال الله تعالى ﴿ وَمَا هُوَ عَلَى ٱلْغَيْبِ بِضَنِينٍ ﴾ [التكوير :٢٤] أي متهم ، وكل هؤلاء متهمون .

ولأنه لو ادعى حقاً فشهد به لنفسه لم تقبل شهادته ؛ لأنه متهم في أنه يجر بها إلى نفسه ، كذلك في المسائل كلها.

مسألة : قال : (ولا تجوز شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة) ، أما إذا كانت غالب حاله الغلط والغفلة فالظاهر أنه لا يضبط ما شهد به فلهذا لم تقبل شهادته ، وأما إن كان الغالب من حاله الضبط والحزم فقد يغلط ويغفل في وقت لم ترد شهادته ؛ لأن أحداً لا ينفك عن الغلط والنسيان ، « وقد كان النبي ﷺ يسهو في صلاته ويقول : إنما أنسى لأسن لكم »[2] . فإذن لا ينفك أحد

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) لم أجده مسندًا ، وقد أورده ابن الأثير في النهاية (٥/ ١٢١) .

عن ذلك ، فلو قلنا : لا تقبل شهادة من يغلط بوجه أفضى إلى أن لا تقبل شهادة أبداً .

مسألة : قال : (وتجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصواب) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما : لا تقبل شهادته .

دليلنا : ما روى الأسود بن قيس أن علياً أجاز شهادة الأعمى[1] ، ولا يعرف له مخالف .

ولأنه يستدل بالصوت على المصوت ، بدليل أن الرجل يصوت بزوجته ليلًا ؛ فتجيبه فيحل له وطؤها ، وكذلك تقبل الأخبار من وراء حجاب عن أزواج النبي ﷺ ، ويستدل بصوت المؤذن على الوقت فيصلي بأذانه ؛ لأن الأصوات تشتبه كاشتباه الصور ، وذلك لا يمنع الشهادة على الصور، كذلك هاهنا .

ولأن العمى فقد عضو لا يمنع النطق ، فلم يؤثر في الشهادة ، دليله : قطع اليد ، وعكسه قطع اللسان ، وكل من قبل خبره في الديات جاز أن تقبل شهادته كالبصير، أو نقول : عدل مكلف ، فقبلت شهادته ، دليله : ما ذكرنا .

مسألة : قال : (ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا) خلافًا لما روى عن عمر - رضي الله عنه-[2] في قوله : تقبل ، وهو قول عمر بن عبدالعزيز وأبي ثور ، وقد روي

---

(١) لم أجده ، وروي عكسه عند عبد الرزاق (١٥٣٨٠) ، وابن أبي شيبة (٢١٣٤٩) ، والبيهقي (١٠/١٥٧) .

(٢) رواه عبدالرزاق (١٥٤٦٦) .

عن أحمد - رضي الله عنه- تجوز شهادة الابن ، ولا تجوز شهادة الأب لابنه .

والدلالة على أنه لا تجوز شهادة بعضهم لبعض : ما روى الزهري ، عن عروة - رضي الله عنه - عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا تقبل شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده »[1]. ذكره الساجي ثم قال : هذا الحديث لا يثبته أهل النقل .

وروى أبو الوليد في « المخرج » : حدثنا عن النبي ﷺ من طريق الزهري ، عن عروة ، عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ظنين في ولاية أو ذي قرابة »[2] .

ولأن مال ولده بمنزلة ماله ، وهو جزء من والده ، قال ﷺ : « أنت ومالك لأبيك »[3] وقال : « أولادكم كسبكم »[4] وقال تعالى : ﴿لَهُۥ مِنْ عِبَادِهِۦ جُزْءًا﴾ [الزخرف: ١٥] يعني ولدًا ، فأنكر عليهم .

وقال - عليه السلام - في فاطمة : « بضعة مني يريبني ما يريبها »[5] فإذا كانت كذلك كانت نفسه وماله بمنزلة نفسه وماله ، ثم شهادته لنفسه لا تقبل ، كذلك لولده ؛ ولأنه متهم في الشهادة له كما يتهم في الشهادة على عدوه .

والدلالة على أن شهادة الابن لأبيه لا تجوز: ما تقدم من الخبر، ولأن الابن

---

(١) رواه الخصاف بإسناده كما في «فتح القدير» (٦/ ٣١) انظر: نصب الراية (٤/ ١٠٧) .

(٢) رواه الترمذي في الشهادات (٢٢٩٨) . قال الألباني : ضعيف .

(٣) رواه ابن ماجة في التجارات (٢٢٩١) عن جابر (٢٢٩٢) عن عبد الله بن عمرو .

(٤) رواه أبو داود في الإجارة (٣٥٣٠) بلفظ : « من أطيب كسبكم » .

(٥) رواه البخاري في النكاح (٤٩٣٢) ، ومسلم في فضائل الصحابة (٢٤٤٩) .

ينبسط في مال أبيه في العادة، فلم تجز شهادته له، كالأب.

ووجه الرواية الثانية في قبول شهادة الابن لأبيه: هو أن مال الأب لا يضاف إلى ابنه؛ ولأنه يقتل بقتله، فجاز قبول شهادته له، كالأخ مع أخيه، ويفارق هذا شهادة الأب لابنه أنها لا تجوز؛ لأن مال الابن مضاف إلى أبيه من الوجه الذي ذكرنا، ولا يقتل بقتله، فلهذا لم تقبل شهادته.

مسألة: (ولا تجوز شهادة السيد لعبده، ولا العبد لسيده) إنما لم تجز شهادة السيد لعبده؛ لأن ماله مضاف إليه وملك له، يدل عليه قول النبي ﷺ: «من باع عبداً وله مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع»[1] فأضافه إلى سيده؛ ولأن للسيد أن ينزع المال الذي في يد عبده، فإذا كان بمنزلة ماله لم تجز شهادته له، كما لا تجوز شهادته لابنه.

وأما شهادة العبد للسيد فلا تجوز؛ لأن ما يحصل لسيده بشهادته يزيد في نفقته؛ لأن نفقته تختلف باختلاف حال السيد في يساره وإعساره، فإذا شهد له بمال فقد أثبت لنفسه بشهادته حقاً لا محالة، فكأنه شهد لنفسه فلا تقبل؛ ولأن شهادة الابن [لأبيه][2] غير مقبولة لحصول التهمة من جهته، وهي من جهة العبد مع سيده أبلغ؛ لأن الابن ثبت له في مال أبيه حق في حال دون حال، وهو حال الفقر، والعبد يثبت له بحل حال.

مسألة: قال: (ولا الزوج لامرأته، ولا المرأة لزوجها) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في جوازها، وروي عن أحمد - رحمه الله - مثل ذلك.

(١) رواه أبو داود في الإجارة (٣٤٣٣). قال الألباني: صحيح.

(٢) في المخطوط: «لابنه».

وجه ما نقله الخرقي: أن لكل واحد منهما تبسطًا في مال صاحبه في العادة، فوجب أن لا تجوز شهادة أحدهما للآخر، دليله: الأب والابن، ولا يلزم عليه الأخوان والصديقان؛ لأنه ليس لواحد منهما تبسط في مال صاحبه في العادة، ولو ثبت قلت لأنه وارث لا يحجبه غيره، فأشبه الأب والابن، ولأن ما يحصل للمرأة بشهادة الزوج يزيد في قيمة بضعها؛ لأن قيمته تعتبر بما لها، ومالها وبضعها في ملكه، فإذا شهد له بمال فقد أثبت بشهادته زيادة قيمة ما هو في ملكه، فلا يجوز ذلك، وما يحصل لزوجها بشهادتها يزيد في نفقتها؛ لأن نفقتها تختلف باختلاف حال الزوج بيساره وإعساره، وإذا شهدت بمال فقد أثبتت لنفسها بشهادتها حقاً لا محالة، فكأنما شهدت لنفسها، فلا تقبل، وأيضاً مال كل واحد من الزوجين مضاف إلى الآخر، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب:٣٣] وقال في موضع آخر: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَىٰ طَعَامٍ غَيْرَ نَاظِرِينَ إِنَاهُ﴾ [الأحزاب:٥٣]. فأضاف البيوت تارة إلى النبي ﷺ، وتارة إلى أزواجه.

وروي عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال لعبد الله بن عمر لما ذكر له أن عبده سرق من امرأته: عبدكم سرق مالكم، لا قطع عليه[1]. فأضاف مال الزوجة إليه، فإذا ثبت أن مال أحدهما مضاف إلى كل واحد منهما لم تجز شهادة أحدهما للآخر، ألا ترى أن النبي ﷺ لما أضاف الابن إلى الأب بقوله: «أنت ومالك لأبيك»[2] لم تقبل شهادة الأب لابنه.

---

(١) رواه مالك في الموطأ (٢/ ٨٣٩) (٣٣) بنحوه. وفيه: «عبد الله بن عمرو الحضرمي».

(٢) سبق تخريجه.

ووجه الرواية الثانية : أن النكاح عقد معاوضة فلم يتعلق به رد الشهادة ، قياسًا على البيع والإجارة ، ولأن كل واحد من الزوجين لا يعتق على الآخر بالملك، فقبلت شهادته له ، كالأجنبيين .

مسألة : قال : (وتجوز شهادة العبد في كل شيء ، إلا في الحدود) ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي - رحمه الله - في قولهما : لا تجوز شهادته بحال.

دليلنا : ما روي في قصة عقبة بن الحارث حيث تزوج ، فجاءت أمة وزعمت أنها أرضعتهما، فسأل النبي ﷺ فقال : «كيف وقد زعمت السوداء»[1] ففرق بينهما ، وهذا نص ؛ لأنه قبل شهادة الأمة .

وروى الحسن عن علي عليه السلام أنه قال : شهادة العبد جائزة إذا كان عدلاً[2].

وعن أنس قال : شهادة العبد جائزة [3]. ولا يعرف لهم مخالف .

ولأنه عدل مكلف ، فجاز أن تقبل شهادته ، دليله : الحر، يبين صحة هذا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله »[4] والعبد من جملة من يحمل هذا الدين تصح روايته للأخبار، وقد وصفها النبي ﷺ بالعدالة ، وإن شئت قلت : من صح خبره صحت شهادته ، كالحر ، وإذا ثبت أن شهادته مقبولة فإنها تقبل في الأموال ، وأما الحدود والقصاص فلا تقبل ؛ لأن الحدود قد غلظ في بابها ، ألا ترى أنه لا يقبل فيها شهادة النساء ،

---

(١) روه البخاري بنحوه في الشهادات (٢٥١٦) .

(٢) لم أجده .

(٣) علقه البخاري في الشهادات ، ورواه ابن أبي شيبة (٢٠٦٥٢) بنحوه .

(٤) رواه الطبراني في مسند الشاميين (٥٩٩) ، والبيهقي (١٠/ ٢٠٩) .

كذلك لا يمتنع أن لا يقبل فيها شهادة العبد ويقبل في غيرها .

مسألة : قال : (وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء) يعني بذلك في الرضاع والولادة والحيض والعدة ، وذلك لما روي في قصة عقبة بن الحارث أن النبي ﷺ قبل شهادة الأمة على الرضاع ؛ ولأنها من أهل الشهادات على ما تقدم في المسألة التي قبلها ، فيجب أن تقبل شهادتها بانفرادها فيما تنفرد بشهادة النساء ، كالحرة .

مسألة : قال : (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره) خلافاً لمالك في قوله : لا تقبل شهادته في الزنا ، وتقبل في غيره .

دليلنا قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ﴾ [النور :٤] . فظاهره أن القاذف إذا أتى بأربعة سقط عنه الحد ، ولم يفرق بين ولد الزنا والرشيد ، وكل من جاز قبول شهادته في كل شيء سوى الزنا وجب قبول شهادته في الزنا ، كالصحيح النسب ، أو نقول : كل من جاز قبول شهادته في القتل جاز قبولها في الزنا ، دليله : ما ذكرنا .

مسألة : قال : (وإذا تاب القاذف قبلت شهادته).

دليلنا: قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ۝ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ﴾[النور:٤-٥] الآية . فمن الآية دليلان ، أحدهما : أن الله تعالى ذكر فيها أحكامًا وهو إيجاب الحدود والشهادة والفسق ، ثم عقب ذلك بالاستثناء وهو قوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ﴾ . ومن أصلنا أن الاستثناء إذا ورد عقيب جملة مذكورة يمكن حمله إلى كل واحد منهما مفرداً فإنه يعود إلى جميعها فيرفعها ، فاقتضى الظاهر أن

التوبة إذا حدثت رفعت الأحكام المذكورة كلها .

والدلالة الثانية : أن الحكم ذكره وعلله ثم تعقبه استثناء عاد الاستثناء إلى الحكم دون النطق ، والحكم هاهنا قبول الشهادة ، والتعليل هو الفسق ؛ لأن تقدير الآية : ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ؛ لأنهم فاسقون ، إلا الذين تابوا.

وأيضاً روي أن عن عمر قال [لأبي بكرة] [١] رضي الله عنه بعد جلده حين شهد على المغيرة بالزنا فلم يكمل عدد الشهود : تب أقبل شهادتك [٢]، ولم ينكر عليه أحد ، ثبت إجماع [٣] ؛ ولأن كل من رد شهادته بسبب فسوقه جاز قبولها بعد زوال فسقه ، دليله : إذا فسق بالقتل أو بالسرقة ثم تاب وحكم بزوال فسقه ، وكل من جاز قبول شهادته قبل الجلد كالزاني ، يؤكد صحة هذا: أن الزنا أعظم من القذف ، ألا ترى أن حده أكبر منه ؛ ولأن فعل الربا أعظم من الرمي بالزنا ، كما أن فعل القتل أعظم من الرمي بالقتل ، ثم ثبت أنه يقبل شهادته بعد توبته ، فكان قبول شهادة القاذف أولى .

مسألة : قال : (وتوبته أن يكذب نفسه) خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : إن الكذب حرام باطل لا أعود إلى ما قلت .

دليلنا : ما روى الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : في قوله تعالى : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [آل عمران : ٨٩]. قال النبي ﷺ : « توبته

---

(١) في المخطوط : «لأبي بكر» .

(٢) رواه الشافعي في مسنده (٢/ ١٨١) (٦٤٢) ، والبيهقي (١٠/ ١٥٢) .

(٣) في المخطوط : « ثبت أحد إجماع ».

إكذاب نفسه»[١].

مسألة : قال : (ومن شهد وهو عدل بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل وردت عليه ، لم تقبل منه في حال عدالته ، وإن كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت شهادته) إنما لم يقبل شهادته بعد أن ردت ؛ لأنه متهم فيها ، وذلك أن الفاسق إذا ردت شهادته بسبب يلحقه بعد نقص وعار ، وصلاح حاله بعد ذلك من يفعله باختياره ، فلحقته التهمة عند ظهور العدالة في أنه قصد أن ينفي ما لحقه من النقص ، فلم تقبل شهادته ، ويفارق هذا : لو تحمل الشهادة وهو غير عدل ، فلم يشهد حتى صار عدلاً أنها تقبل ؛ لأنه غير متهم ؛ لأن شهادته لم ترد فلهذا قبلت .

مسألة : قال : (ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه ما لا تجوز شهادته معه ، لم يحكم بها) وذلك لأن العدالة إنما تثبت عند الحاكم من حيث الظاهر وغلبة الظن ، فإذا كان عادة الإنسان أن يستر المعاصي ويظهر الطاعة ، فإذا شهدوا عنده بأنه عدل غلب على ظنه ذلك ، فإذا فسق بعد ذلك قدح هذا الفسق في عدالة قد تقدمت وأثرت فيها ؛ لأنه لو لم تكن له عادة بها لما ظهرت عليه بأول مرة قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : إن الله تعالى أكرم أن يهتك عبده بأول خطيئة [٢]؛ فإذا قدح فيها فلم يحكم بها ؛ لأنه يحكم بشهادة من يشك في عدالته حين الشهادة ، فلم يصح .

مسألة : قال : (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء، إلا في

---

(١) قال ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٤٩١) : لم أره مرفوعًا .

(٢) لم أجده . انظر :كشف الخفاء (٧٣٩) .

الحدود إذا كان الشاهد الأول ميتاً أو غائباً) والدلالة على جواز الشهادة في الجملة : هو أن شاهدي الأصل قد يغيبان أو يموتان ، وقد يقع في الحدود ما لا بد فيه من الشهادة على الشهادة ، كالأجناس كلها فإنها تتناول على الأوقات، فلو لم تثبت الشهادة على الشهادة بطلت ، وإذا كانت به حاجة إليها وجب أن تجوز ، وإنما لم يجز ذلك في الحدود ؛ لأن الحدود بني أمرها على التخفيف ، فترك الاستيثاق لها ، وعلى الشهود التغطية والكتمان ، والشهادة تراد للإظهار والشهرة والإعلان ، فلا يصح أن يعتبر الإظهار فيما طريقة الكتمان .

ولأن الشهادة على الشهادة قائمة مقام العين لا تثبت به الحدود ، كشهادة النساء .

وقوله : (إذا كان الشاهد ميتاً أو غائبا) معناه إن كان حاضراً لم تجز شهادة شهود الفرع ؛ لأنه متى قدر على الأصل احتاج إلى البحث عن عدالتهم فقط ، وعند عدمهم يحتاج إلى البحث عن عدالتهم وعدالة الأصل ، فإذا أمكن الاقتصار على بحث عدالة الأصل فلا فائدة في البحث عن الفريقين .

فأما العدد في شهود الفرع فيجوز أن يشهد شاهد من شهود الفرع على شهادة واحدة من شهود الأصل ، ويشهد الآخر من شهود الفرع على الشاهد الآخر من شهود الأصل ، فإنا نعتبر اجتماع شاهدي الفرع على كل واحد من شهود الأصل خلافاً لأكثرهم : في قولهم : لا يجوز حتى يجتمع شاهدا الفرع على واحد من شهود الأصل ، فينبغي أن يصح ، دليله : لو شهد الاثنان على كل واحد منهما ؛ ولأن شهود الفرع ينقلون شهادتهما إلى الحاكم ما ليس بحق على أحد ، فلم يعتبر العدد فيمن ينقلون عنه ، دليله : أخبار الديانات ،

والذي يدل على أنهم لا يتحملون حقاً وإنما ينقلون نفس الشهادة: أن رجلاً لو ادعى أن له عند فلان شهادة فجحدها، فإن الحاكم لا يعدي عليه ولا يحضره، ولو كانت حقاً عليه لأحضره كما يحضره في سائر الحقوق، ولأن شهادة شاهدي الأصل تجري مجرى الإقرار من رجل واحد، ولا تجري مجرى الإقرارين من رجلين، لأنها لو جرت مجرى الإقرارين من رجلين لجاز شهادة واحد من شهود الأصل مع غيره على شاهد من شهود الأصل، كما جازت شهادته على إقرار المقر، ولما لم تجز علم أنهما بمجموعهما يجريان مجرى إقرار واحد، ويجزئ في الإقرار الواحد شاهدان، كذلك هاهنا.

مسألة: قال: (ويشهد على كل من سمعه يقر بحق، وإن لم يقل للشاهد: اشهد علي بذلك)، لأن الشاهد إنما يصير متحملاً الشهادة بأن يقع له العلم بما شهد به، وقد يقع له العلم بأن شاهد المقر وسمع إقراره، ولأنا أجمعنا أنه لو قتل رجلاً في حقه جاز له أن يشهد عليه، كذلك هاهنا.

مسألة: قال: (وتجوز شهادة المستخفي إذا كان عدلاً) والمستخفي هو الذي يكون على رجل حق يقر به سراً ويجحده جهراً، فيحتال له شاهدين يختبئان بحيث يشاهدانه ويسمعان إقراره، وهو لا يشاهدهما، ثم يحادثه المحدث ويسوق الكلام حتى يقر له به سراً على عادته، ويسمع الشاهدان ذلك، فإن الشهادة صحيحة، خلافاً لشريح والشعبي والنخعي في قولهم: لا يسمع، وقال بعض أصحاب مالك، وقال مالك: إن كان المشهود عليه جاهلاً لا يمكن أن يخادع قبلت شهادته، وإن كان ممن يمكن أن يخادع لم تقبل.

ودليلنا على المخالف: أنا أجمعنا على أنه من سمعه غير مستخف لجاز شهادة

المختبي[1]. ويقول : ذلك نفعل الجائر والفاجر؛ ولأن الشاهد إنما يصير متحملاً بالشهادة بأن يقع له العلم بما يشهد به ، وقد وقع له بأنه شاهد المقر وسمع إقراره ، وكذلك العقود والأفعال كل هذا حصل له ، فيجب أن تجوز شهادته .

ولأن الشهادة تارة تكون على الأفعال ، وتارة تكون على الأقوال ، لم الشهادة على الأفعال تصح عند وقوع العلم بها من غير استدعاء الشهادة عليها، كذلك الشهادة على الأقوال .

ووجه الثانية : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من حدث بحديث ثم التفت فهو أمانة »[2]. ومعناها أنها أمانة أن تذكر عنه لالتفاته .

ولأن شاهدي الفرع لو سمعا شاهدي الأصل يقولان : إنا شهدنا لفلان على فلان بحق ، لم يصح لشاهدي الفرع أن يشهدا بذلك حتى يقول لهما شاهد الأصل : اشهدا علينا ، كذلك ههنا .

* * *

(١) رواه عبد الرزاق بنحوه (١٥٥٢٤) ، بلفظ : « تجوز شهادة المختفي » .

(٢) رواه ابن أبي شيبة بنحوه (٢٦١١١) ، وأحمد (٣/ ٣٥٢) .

كتاب الأقضية

مسألة : قال : أبو القاسم : (وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومئتي درهم ، فأقر أحدهما بمائة درهم على أبيه لأجنبي دفع إلى المقر نصف ما في يده من إرثه من أبيه إلا أن يكون المقر عدلاً ، فيشاء الغريم أن يحلف مع شهادة الابن ويأخذ المائة الباقية ، وتكون المائة الباقية بين الابنين له) إذا كان المقر عدلاً ، لحلف معه المدعي ، أو أقام معه شاهدًا آخر فإنه يستحق ذلك من أصل التركة؛ لأن الأخ لا يجر بهذه الشهادة مغنمًا ، بل يستضر باستيفاء الحق منه ، ولا يدفع بها مغرمًا ؛ لأنه لا ضرر عليه في أن يوفي أخوه الحق ، فإن لم يكن عدلاً ، أو كان ولكن لم يحلف معه ولم يقم شاهداً آخر فالذي يلزم في الدين في حصة الشاهد تقسيط على التركة ، فيلزمه بالحصة من حصة الدين ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يلزمه جميع الدين ، وقد مضت المسألة معه في الإقرار، ولكن نذكر هاهنا طرفًا، وهو أن المقر بالدين أقر على أبيه وعلى جميع التركة، بدليل أنه لو ثبت بالبينة قسط عليهما ولزمه بقدر حصته من التركة ، فإذا كان كذلك وجب أن لا يلزمه هاهنا إلا بقدر حصته ، كما لو قال : عليّ وعلى أخي ألف لهذا ، فإنه لا يلزمه كل ألف ، وإنما يلزمه منه النصف ، كذلك هاهنا .

ولأنه أقر أن أباه وصى لهذا بثلث ماله ، وأنكر ذلك أخوه ، كان الثلث يتقسط على التركة ويستوفى منه بقدر حصته منها ، كذلك إذا كان إقراره بالدين؛ ولأنه لو مات أبوهما وله دين على رجل له به شاهد واحد كان لهما أن

يحلفا معه ويستحقا ، ولو حلف استوفى من الدين بقدر حصته لا يشاركه أخوه فيه ، فإذا كان لكل واحد منهما حكم نفسه فيما يجب للميت من الدين ، وجب أن يكون لكل واحد منهما حكم نفسه فيما يجب على الميت من الدين.

مسألة : قال : (وإذا هلك رجل عن ابنين ، وله حق بشاهد ، وعليه من الدين ما يستغرق ماله ، وأبى الوارثان أن يحلفا مع الشاهد ، لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ، ويستحق ، فإن حلف الوارثان مع الشاهد ، حكم بالدين ، ودفع إلى الغريم) إنما كان للوارث أن يحلف مع الشاهد ويستحق الدين ؛ لأنه يقوم مقام موروثه ، ولو كان الميت حياً حلف مع شاهده ويثبت الدين ، كذلك الوارث ، فإن الوارث يثبت الحق ، وكأن تركة الميت تتعلق حقوق الورثة بها ، فإن أحبوا قضوا الدين منه ، وإن أحبوا استوفوا لأنفسهم ، وقضوا الدين من غيره ، فإن أبوا أن يحلفوا معه لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا ذلك ، والدلالة عليه : أن هذا إذا ثبت انتقل إلى الورثة وملكوه ، بدليل: أنه لو كان عبداً فأهل شوال كانت الفطرة عليهم، فإذا ثبت أنه حق لهم، فإن حق الغرماء يتعلق بهم كتعلق الحق بالراهن ، فإذا كان للورثة لم يجز للغرماء أن يحلفوا ويثبتوا بأيمانهم حقًا لأنفسهم ، ويفارق هذا الوارث ، لأنه يثبت بيمينه حقاً لنفسه ، فلهذا حلف، وهاهنا يحلف يمينًا يثبت بها حقاً لغيره، فلهذا لم يحلفوا .

مسألة : قال : (ومن ادعى دعوى على رجل وذكر أن بينته بالبعد منه ، فحلف المدعى عليه ، ثم أحضر المدعي البينة حكم بها ، ولم تكن اليمين مزيلة للحق) خلافاً لابن أبي ليلى وداود في قولهما : لا يسمع بينة المدعي بعد استحلافه المدعى عليه .

دليلنا : ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : البينة الصادقة أحب إلي من اليمين الفاجرة [1] . فظاهر هذه البينة الصدق ، فكانت أولى من اليمين المتقدمة؛ لأن ظاهرها الكذب ، ولأن كل حال لو أقر المدعى عليه بها لزمه الحكم بإقراره ، فإذا أقام المدعي البينة حكم بها، دليله : قبل حالة الاستحلاف ؛ ولأن يمين المدعى عليه لا يسقط بها الحق عنه إن كان ثابتاً ، وإنما تسقط المطالبة في الظاهر ، بدلالة ما روى ابن عباس أن رجلاً ادعى على رجل حقاً ولا بينة له ، فقال له النبي ﷺ : « احلف » . فلما حلف قال : « قم ، فأخرج من حقه » [2] . ولو كان الحق يسقط باليمين كان إقامة البينة عليه بعد الاستحلاف وعدمها سواء .

مسألة : قال : (واليمين : التي يبرأ بها المطلوب أن يحلف بالله ، وإن كان الحالف كافراً إلا أن يقال له إن كان يهودياً : قل والله الذي أنزل التوراة على موسى ، وإن كان نصرانياً :قل والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى ، وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها) إنما اختصت اليمين التي تقطع الخصومة بالله تعالى ؛ لما روى عن النبي ﷺ قال : «لا تحلفوا بآبائكم ، ومن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليسكت » [3] . وروي عن النبي ﷺ أنه حلف رجلًا فقال : « قل والله الذي لا إله إلا هو » [4] . وحلف

---

(١) أخرجه ابن وهب في النوادر والزيادات (٨/ ١٦٩)، ورواه وكيع في أخبار القضاة (٢/ ٣٤٢، ٣٧٣) من قول شريح .

(٢) رواه أحمد بنحوه (١/ ٢٥٣ ، ٢٨٨) .

(٣) رواه البخاري بنحوه في التوحيد (٦٩٦٦) .

(٤) رواه أبو داود بنحوه في الأقضية (٣٦٢٠) .

يهودياً فقال: « قل والله الذي أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق »[1]، ففي هذه دلالة على أن اليمين بالله تعالى، وفيه دلالة على أنه يغلظ عليه في اللفظ بما يعظمه؛ لأنه قال: « والله الذي أنزل التوراة على موسى »، وليس هذا على أن التغليظ شرط وسببه، وإنما على الحاكم أن يفعل ذلك إذا رأى أن إحلافه في بعض المواضع، وببعض الألفاظ أزجر له، لأن الصحابة كانوا يستحلفون الناس في الدعاوى والأحكام، ولم ينقل عنهم أنهم كانوا يفعلون ذلك في كل دعوى أو في أكثرها، بل كانوا يفعلون ذلك في بعض الدعاوى على حسب الاتفاق والاختيار.

مسألة: قال: (ويستحلف الرجل فيما عليه على البت، ويحلف الوارث على دين الميت على العلم) أما إذا حلف على فعل نفسه حلف على البت إثباتًا كان أو نفيًا، وإن حلف غيره، فإن كان على الإثبات كان البت مثل أن يحلف أن لأبيه كذا وكذا، وإن كان على النفي على فعل الغير مثل أن يقول: ما أعلم أن لك على أبي ذلك، كانت يمينه على العلم، خلافاً لابن أبي ليلى في قوله: الأيمان كلها على الإثبات والقطع.

دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه استحلف رجلاً فقال له: « والله الذي لا إله إلا هو ما له عليك حق »[2]، فاستحلفه النبي ﷺ على البت؛ لأنه فعل نفسه.

وروى الأشعث بن قيس الكندي أن حضرميًا ادعى على كندي أرضًا وأنه

---

(١) رواه وكيع بنحوه في أخبار القضاة (٣/ ٤٢).

(٢) سبق تخريجه.

اغتصبها منه ، فتهيأ الكندي لليمين ، فلم ينكر النبي ﷺ ذلك [1] . ثبت أنها تكون على العلم إذا كانت على النفي على فعل الغير ؛ ولأن الحالف إذا كان يحلف على فعل نفسه فيمكنه أن لا يحلف إلا بعد أن يتيقن ما يحلف عليه ، فكانت يمينه على البتات والقطع ، وإذا حلف على فعل غيره على البتات ، فإنه يمكن أن لا يحلف إلا بعد أن لا يعلم ذلك قطعًا ، واشترط أن يكون يمينه في ذلك على البتات ، فأما إذا كان يحلف على النفي على فعل الغير فقد لا يقع له العلم بذلك قطعًا ، فلو كلفناه اليمين على البت والقطع ألزمناه أن يكذب ، أو يلتزم حقًا لا يعلم وجوبه ، فلم يجز ذلك .

مسألة : قال : (وإذا شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنا بها في [هذا البيت ، وشهد الآخران أنه زنى بها في] [2] البيت الآخر فالأربعة قذفة وعليهم الحد) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي – رحمهما الله – في أحد القولين : لا حد عليهم .

دليلنا : أن الشهادة لم تحمل على فعل واحد ؛ لأن فعله واحدًا لا يتأتى في بيتين ، فوجب الحكم ، كما لو شهد اثنان بالزنا ولم يشهد غيرهما ، وقد حكى أبوبكر بن جعفر من أصحابنا في كتاب « الخلاف » عن مهنا ، عن أحمد – رحمها لله – أنه لا حد عليهم أن العدد قد كمل ، فيسقط الحد عنهم .

مسألة: قال: (ولو جاء أربعة متفرقين، والحاكم جالس في مجلس حكمه ، لم يقم قبل شهادتهم ، وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفه ، وعليهم الحد) خلافاً للشافعي – رحمه الله – في قوله : المجلس ليس بشرط

---

(١) رواه أحمد بنحوه (٥/ ٢١٢) .

(٢) ما بين المعقوفين من مختصر الخرقي لم تذكر في المخطوط .

في اجتماع الشهود ، فإن جاءوا في مجلسين سمعت شهادتهم .

دليلنا : ما روي أن أبا بكرة ونافعاً وشبل بن معبد وزياد شهدا عند عمر - رضي الله عنه - على المغيرة بن شعبة بالزنا ، فامتنع زياد ، فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة [1] ؛ لأن شهادتهم لم تقم في مجلس واحد ، فلولا ذلك ماحدهم ، لأنه كان يجوز أن ينضم إليه آخر معهم ؛ ولأنه لفظ شهادة سقط بها موجب القذف عن القاذف، فتفريقها في مجالس يمنع ثبوت حكمها كاللعان.

ولأن حد الزنا خص من بين جنسه بشهادة ، فوجب أن يعتبر فيه اجتماع الشهود في مجلس واحد ، كالنكاح لما خص من بين سائر العقود بالشهادة وكانت شرطاً في العقد ، كذلك الزنا خص من بين سائر الحدود بأربعة ، فيجب أن يعتبر المجلس .

مسألة : (ومتى حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا ، فقالا : عمدنا ، اقتص منهما ، فإن قالا : أخطأنا ، غرما الدية ، أو أرش الجراح ، فإن كانت شهادتهما بمال غرماه ، ولا يرجع به على المحكوم له ، سواء كان المال قائماً أو تالفاً ، وكذلك إن كان المحكوم به عبداً أو أمة غرما قيمته) أما إذا كانت الشهادة بجرح أو قتل ثم رجعا بعد الاستيفاء وقالا : عمدنا ، فعليهما القصاص، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا يقتص منهما .

دليلنا : إجماع الصحابة ، روي عن أبي بكر أنه شهد عنده اثنان على رجل بالسرقة ثم قالا : أخطأنا ، والسارق غيره ، فقال أبوبكر رضي الله عنه : لو

---

(١) رواه البيهقي (٨/ ٢٣٤) .

علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما[1] ، وهذا حكم من إمامين ، ولا محالة أنه ظهر واشتهر في الصحابة ، فلم ينكره واحد من الصحابة ، فكان الظاهر أنهم اجمعوا على ذلك؛ ولأن الشهود إذا شهدوا عند الحاكم بما يوجب القود ، فطالب المشهود له بالاستيفاء وجب على الحاكم أن يستوفيه ، وكان ملجأ إليه مضطرًا إلى الاستيفاء ، فإذا رجعوا بان أنهم ألجئوه إليه وأكرهوه عليه ، فوجب القود ، كالكره على القتل ، فإن القود يجب على المكرِه والمكرَه جميعًا ؛ لأن كل واحد منهم يأثم بالفعل ، والحاكم لا يلزمه القود ؛ لأنه لا يأثم بذلك ، فأما إن قالا : أخطأنا ، فلا قود عليهما ، ولكن يلزمهما الدية في أموالهما ؛ لأن سبب الإتلاف من جهتهما ، كحافر البئر ، وواضع الحجر ، ويكون في أموالهما ؛ لأنه اعتراف منهما ، والعاقلة لا تحمل الاعتراف .

فأما إن كانت شهادتهما بمال غرماه ، سواء كان المال تالفًا أو باقيًا بعينه ، ولا يرجع على المشهود له به ، وسواء كان المشهود له عبدًا أو أمة ، خلافًا للشافعي - رحمه الله - في قوله : لا ضمان على الشهود في ذلك ، إلا أن تكون الشهادة بعتق ثم رجعا بعد العتق ، فيضمنا قيمة العبد المعتق .

دليلنا : أنهما أزالا بشهادتهما ملك المشهود عليه عن المال ، فوجب أن يلزمهما الضمان إذا رجعا ، دليله : إذا شهدا بالعتاق ثم رجعا ؛ ولأن شهادتهما صارت سبباً في إتلاف المال على المشهود عليه وهما متعديان في السبب ، فوجب أن يلزمهما الضمان ، كحافر البئر وواضع الحجر في الطريق ، وإنما لم

---

(١) لم أجده ، لكن ورد ما يقاربه عن علي : علقه البخاري في الديات ، ورواه عبد الرزاق (١٨٤٦٠) ، والدارقطني (٣/ ١٨٢) ، والبيهقي (٨/ ٤١) .

يرجع على المشهود له بالعين إذا كانت قائمة ؛ لأنهما لما رجعا لم يكن رجوعهما شهادة بل إقرار منهما أنهما حالا بينه وبين ماله بغير حق ، وهذا إقرار على المشهود له ، ومن أقر بشيء لزمه بحصته في حقه دون حق غيره ، فلا يقبل قولهما على الغير ، ويقبل قولهما على أنفسهما أنهما حالا بينه وبين ماله بغير حق ، وهذا إقرار ، فكان عليهما ضمان الحيلولة دون الغير .

مسألة : قال : (وإذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ، ثم علم أنهما كافران أو فاسقان ، كانت دية اليد في بيت المال) ، وقد روي عن أحمد - رحمه الله - رواية أخرى : يكون على عاقلته .

ووجه ما نقله الخرقي : أن الإمام وكيل للمسلمين ، وما كان من خطأ الوكيل كان في حق موكله ؛ ولأنه إذا كان عمداً فالضمان في مال القاتل ، فإذا كان خطأ تحولت الدية إلى عاقلته حفظاً للمال واحتياطاً للدم ، لأنا لو أوجبناه في ماله ذهب ماله ، فمتى أعطى سقطت الدية ، فإذا كانت على العاقلة فلم تذهب أموالهم ولم يهدر الدماء ، فإذا كان لهذا المعنى في غير الإمام وجب أن يكون في حق الإمام في بيت المال ؛ لأن خطأه يكثر ، فإنه يقيم الحدود ويضرب في التعزير، فلو أوجبناها على عاقلته أفضى إلى الإجحاف بأموالهم.

ووجه الثانية : ما روي أن امرأة ذكرت عند عمر - رضي الله عنه - فأنفذ إليها، فأجهضت بطنها ، فبلغ ذلك عمر - رضي الله عنه - ، فشاور الصحابة ، فقال بعضهم : لا شيء عليك . وقال علي - عليه السلام - : أرى عليك الدية . فقال عمر - رضي الله عنه - : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك[1] . يعني

(١) رواه عبد الرزاق (١٨٠١٠) .

قوم عمر - رضي الله عنه - ، فلولا أن خطأه يتعلق بالعاقلة لم يقسمها على عاقلته .

مسألة : قال : (وإذا ادعى العبد أن سيده أعتقه ، وأقام شاهداً حلف مع شاهده وصار حراً) خلافاً للشافعي - رحمه الله - : لا يثبت عتقه بشاهد ويمين ، فأقله رجلان ، وقد روي عن أحمد - رحمه الله - مثل هذا .

وجه ما نقله الخرقي : أن الشاهد واليمين يثبت به المال فيثبت به العتق ، دليله : الشاهدان ، ولا يلزم عليه شاهد وامرأتان ، فإنه يثبت بهما العتق أيضاً على هذه الرواية .

ولأن العتق معنى يزيل ملك السيد عنه، فجاز أن يثبت بشاهد ويمين، دليله: لو ادعى عليه رجل أنه باعه إياه ، وأنكر السيد ، فأقام المدعي شاهدًا ويمينا فإنه يحكم به ، وينتقل الملك من يده ، كذلك العتق ، يبين صحة هذا : أن الشهادة على العتق شهادة بالمال ؛ لأنه يشهد عليه بإتلاف ملكه في العبد ؛ والعبد مال ؛ لا أن هذه الشهادة [يجر][1] ثبوتها إلى شيء لا يثبت بشاهد ويمين، وهو يكمل أحكام العبد ، وكذلك لا يمنع من صحتها ، ألا ترى أن الشهادة على الولادة تثبت بالنساء وإن جر ثبوتها ما لا يثبت بالنساء وهو النسب، وكذلك الشهادة على الرضاع تثبت بالنساء وإن جر ثبوتها إلى الفسخ، وذلك لا يثبت بشهادة النساء ، كذلك هاهنا .

ووجه الثانية : أن العتق ليس بمال ويطلع عليه الرجال ، فلم يثبت بشاهد ويمين، كالقتل والنكاح والطلاق وغيره .

---

(١) في المخطوط : « نحو » ، وسياق الكلام يقتضي أنها : « يجر » .

مسألة : قال : (ومن شهد بشهادة زور ، أدّب وأقيم للناس في المواضع التي يشتهر فيها أنه شاهد زور ، إذا تحقق تعمده) خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله في قوله : لا يؤدب .

دليلنا : ما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه أمر بشاهد الزور حتى عزر وسخم وجهه وطيف به وحبس[1] ؛ ولأنه أتى أمرًا منكراً ، فوجب أن يعزره الإمام ، كما لو شتم الناس ؛ ولأنه شاهد فعزر ، كما لو تكرر منه ذلك.

مسألة : قال: (وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم ، فزاد فيها أو نقص، قبلت ما لم يحكم بها) معنى التغيير أن يشهد بمائة درهم ، فقبل أن يحكم بها رجع فقال : بل خمسين ، أو زاد فيها ، فقال : بل هي مئتان ، فإنه يحكم بالشهادة ؛ لأنه غير متهم في ذلك ؛ لأنه قد يجوز أن يكون قد نسي أو سها ، فلهذا قبلنا .

مسألة : قال : (وإذا شهد شاهد بألف ، وآخر بخمسمائة ، حكم لمدعي الألف بخمسمائة ، وحلف مع الشاهد [على الخمسمائة] الأخرى واستحق خمسمائة) وذلك أن شهادتهما اتفقت على قدر من المال لفظًا ، فوجب أن يثبت ذلك القدر ، كما لو شهدا جميعاً بخمسمائة ، يؤكد هذا أن العددين إذا اتفقا دخل الأقل في الأكثر ، وإذا اختلفا لم يدخل ، ألا ترى أن العشرة تدخل في الخمسة عشر وعشرة دنانير وعشرة دراهم لما كانتا مختلفتين لم يتداخلا عند تكرار الإقرار بهما ، فلما ثبت أن الألف والخمسمائة تتداخلان ثبت أنهما يتفقان في العدد الذي تداخلا فيه وهو الألف ، فإذا حصلت الشهادة على

---

(١) رواه عبد الرزاق بنحوه (١٥٣٩٤) ، وابن أبي شيبة (٢٩٢٣٧) ، والبيهقي (١٠/ ١٤١) .

الألف ثبت ، وأما الخمسمائة الأخرى فإن حلف مع شاهده الذي معه حكم بها ؛ لأنا نحكم بالشاهد واليمين.

مسألة : قال : (ومن ادعى شهادة عدل ، فأنكر العدل أن تكون عنده ، ثم شهد بها بعد ذلك وقال: أنسيتها ، قبلت منه) وذلك لأنه يجوز أن يكون نسي الشهادة ثم ذكرها بعد ذلك ، فلهذا قبلت منه ، وهو أمين فيما يشهد به .

مسألة : قال : (ومن شهد بشهادة يجر بها إلى نفسه نفعًا بطلت شهادته في الكل) بيان هذا أن يشهد أن له ولزيد على عمر ألف درهم ، فتبطل شهادته في الكل ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : أنها تبطل فيما قابل حق نفسه ، ويصح في حق غيره .

دليلنا: أنه بهذه الشهادة قد حصل متهمًا ؛ لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً ، فإذا بطلت في حقه بطلت في حق غيره ؛ لأن الشهادة لا تتبعض .

مسألة : قال : (وإذا مات رجل وخلف ابناً وألف درهم ، فادعى رجل على الميت ألفًا ، فصدقه الابن ، وادعى آخر مثل ذلك وصدقه الابن ، فإن كان في مجلس واحد ،كانت الألف بينهما ، وإن كان في مجلسين ، كانت الألف للأول ، ولا شيء للثاني) أما إذا كان الإقرار في مجلس فقد حصل الإقرار في حالة واحدة والمال يضيق عنهما، فيجب أن يتساويا فيه ، كالمحجور عليه إذا أقر لا ثنين واحد بعد واحد في حال الحجر فإنهما يتشاركان في ذلك ، كذلك هاهنا ، وكان يجب ألا تتساويا في ذلك ، وإن كان الإقرار في مجلسين ، كالمحجور عليه إذا أقر لاثنين ولكن فرقنا بينهما ؛ لأن لتفرقة المجلس تأثير ، بدليل تفرقة الشهود بالزنا في مجالس ، بدليل خيار المجلس في الحقوق اللازمة ، فلهذا لم يقبل منه .

مسألة : قال : (ومن ادعى على مريض دعوى ، فأومأ برأسه ، أي : نعم ، لم يحكم بها عليه ، حتى يقول بلسانه) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : يحكم بها .

دليلنا : أن الكلام غير ميؤوس منه ، فلا تقوم إشارته مقام عبارته ، ألا ترى أنه لو اعتقل لسانه في الصلاة ، أو أرتج عليه ، لم تصح صلاته بغير قرآن، وليس كذلك إذا كان في الأصل أخرس ؛ لأن الكلام ميؤوس منه ، وقامت إشارته مقام كلامه ، كما تقوم في الصلاة والبيع والشراء والإقرارات ، يبين صحة هذا: أن العنين يؤجل ، والمجبوب لا يؤجل ، يفرق بينهما في الحال ؛ لأن العنين لم ييأس منه الجماع ، والمجبوب قد أيس منه ، وكذلك المرأة إذا ارتفع حيضها لعلة وهي في العدة لم تنتقل إلى الشهور ، وليس كذلك الآيسة من الحيض ؛ لأن هذه قد أيست من الحيض ، وتلك لم تأيس ، لذلك إذا اعتقل لسانه لم ييأس من الكلام ، فقامت إشارته المفهومة مقام الكلام .

مسألة : (ومن ادعى دعوى وقال: لا بينة لي ، ثم أتى بعد ذلك ببينة لم تقبل؛ لأنه مكذب لبيته) لأنه نفى أن تكون له بينة في الجملة ، فإذا أقامها فقد حصل مكذباً لها ، ويفارق هذا : إذا أنكر العدل شهادته ، ثم شهد بها بعد ذلك؛ لأن ذلك إقرار في حق الغير ، فجاز أن يقبل منهم كما قبلت شهادتهم على الغير .

مسألة : قال : (وإذا شهد الوصي على من هو موصى عليهم قبلت شهادته ، وإن شهد لهم، لم تقبل إذا كانوا في حجره) أما إذا شهد عليهم قبلت شهادته؛ لأنه غير متهم في ذلك ، وهو أن يجر بشهادته مالًا يملك الولاية والتصرف فيه ويحصل له منفعة ، لأنه يأخذ منه عند الحاجة بحق عمله ، فهو متهم فيه ،

وإذا شهد عليهما قبلت ، لأنه غير متهم ، فهو بمثابة شهادة الأب على ابنه ، قبلت ؛ لأنه غير متهم ، ولا تقبل شهادته له.

مسألة : قال : (وإذا شهد من يخنق في الأحيان ، قبلت شهادته في إفاقته) وذلك لأن الاعتبار بوقت الشهادة أن يكون الشاهد محصلاً لها عالماً بما يتحمل ، فإذا وجد منه هذه الصفة في وقت الشهادة لم يضره تغير ذلك فيما بعد .

مسألة : قال : (وتقبل بشهادة الطبيب العدل في الموضحة إذا لم يقدر على طبيبين ، وكذلك البيطار في الدابة) وظاهر كلامه : أنه إذا قدر على طبيبين وبيطاريين لم يقبل قول الواحد ؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال ، فلم تقبل شهادة رجل واحد ، كسائر الحقوق ، وأما إذا لم يقدر على أكثر من واحد قبلت فيه شهادة الواحد ؛ لأنها حال ضرورة ؛ لأنه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به ، وإنما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة ، فيحصل بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة عندنا ؛ لأنها حال ضرورة ، فإن ذلك موضع لا يمكن الرجل مشاهدته .

* * *

كتاب الدعوى والبينات

والمدعي من التمس بدعواه أخذ شيء من يد غيره ، وإثبات حق في ذمته ، والمدعى عليه من نفى ذلك عن نفسه ، خلافاً لمن قال : من ادعى شيئاً فهو المدعى ، فيقول كل واحد من الخصمين مدعي ، والدلالة على فساد هذا : قول النبي ﷺ : (البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه)(١) ففرق بين المدعي والمدعى عليه ، فلو كان كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه لم يكن لتفرقته بينهما معنى ؛ ولأن من معه ظاهر لا يقال له : مدعي ، ألا ترى أن من أقام المعجز على النبوة لا يسمى مدعياً للنبوة ، ومن لا حجة معه يقال له : مدعي النبوة ، ولهذا لا يقال لمحمد ﷺ مدعي للنبوة لما ثبت بنبوته ، ويقال لمسيلمة : إنه كان مدعياً للنبوة ، لما لم يكن معه ظاهر .

والأصل في الدعوى ما روى ابن عباس(٢) وأبو هريرة(٣) وغيرهما عن النبي ﷺ أنه قال : « البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه » . وروت أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « إنما أنا بشر مثلكم ، وإنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له شيئاً من حق أخيه فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»(٤).

---

(١) رواه الترمذي في الأحكام (١٣٤١) .

(٢) سيأتي قريبًا .

(٣) رواه الدارقطني بنحوه (٣/ ١١٠) وزاد : إلا في القسامة .

(٤) رواه البخاري في الشهادات (٢٥٣٤) ، ومسلم في الأقضية (١٧١٣) .

وإذا ثبت الأصل في ذلك فالبينة حجة المدعي يحقق بها على ما يدعي عليه، واليمين حجة المدعي عليه تحقق بها ما ينكره وينفيه؛ لما روي في حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[1]، وروى الأشعث قال: كان بيني وبين يهودي أرض فجحدني عليها، فقدمته إلى النبي ﷺ فقال: «ألك بينة» فقلت: لا. فقال لليهودي: «احلف» فقلت: يحلف ويذهب مالي، فنزل قوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾ [آل عمران:٧٧][2]. فبين النبي ﷺ أن هذا حجة كل واحد منهم، ولأن جنبة المدعي ضعيفة؛ ولأن ما يدعيه خلاف الظاهر، والبينة أقوى الحجتين، فلهذا كانت جنبته وجنبة المدعى عليه قوية؛ لأن الظاهر إما في يده ملكه، والأصل براءة ذمته، واليمين حجة ضعيفة، فكانت في جنبته، فلهذا جعلنا أقوى الحجج في جنبة المتداعيين.

مسألة: قال أبو القاسم: (ومن ادعى زوجية امرأة، فأنكرته، ولم تكن له بينة فرق بينهما) وذلك لأنه لم يثبت صدقه فيما يدعيه، فلم يقبل قوله فيه، دليله: سائر الدعاوى، وكون يده عليها لا يضمن به صدقه في ذلك؛ لأن اليد لا تثبت على الأحرار.

مسألة: قال: (ومن ادعى دابة في يد رجل، فأنكر، وأقام كل واحد منهما بينة، حكم بها للمدعي ببينته، ولم يلتفت إلى بينة المدعى عليه، سواء شهدت بأنها له أو قالت: ولدت في ملكه) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في

---

(١) رواه الدارقطني (٣/ ١١٠)، والبيهقي (١٠/ ٢٥٢).

(٢) رواه البخاري في الخصومات (٢٢٨٥)، ومسلم في الإيمان (١٣٨).

قوله : بينة صاحب اليد أولى من بينة الخارج ، أو بينة صاحب اليد ، وقد روي عن أحمد - رحمه الله- مثل هذا .

والدلالة على الشافعي رحمه الله : ما روي عن النبي ﷺ قال : « البينة على المدعي » فجعل جنس البينات في جنبة المدعي ، فلا تبقى بينة تكون على المدعى عليه ؛ ولأن صاحب اليد يقيم البينة على معنى يشهد له في الظاهر وهو ما يلحقه الفسخ ، فوجب أن لا يقبل ، كما لو ادعى ديناً فأنكره ، وأقام المنكر البينة أنها لا تقبل ، فلا يلزم على هذا إذا ادعى على رجل أنه عبده ، وأقام البينة ، وأنكر المدعى عليه ذلك وأقام البينة على الحرية أن بينته تقبل ، فإن كان الظاهر يشهد له؛ لأنه معنى لا يلحقه الفسخ ، ولا معنى لقولهم : إن تلك بينة على النفي فلهذا لم تقبل ؛ لأنه إنما لم تقبل على النفي ؛ لأنه معنى يشهد له الظاهر أن الدين منفي ، وهذا لمعنى موجود هاهنا ، وهو أن الظاهر يشهد له، وأيضاً بينة صاحب اليد لا تقبل أكثر مما تفيده يده ؛ لأن الأملاك إنما يتوصل إليها من جهة ثبوت اليد وظهور التصرف ، ويده ثابتة على الشيء وتصرفه فيه ظاهر، فإذا كان كذلك لم تقبل بينته ؛ لأنها لا تفيد شيئاً، ولا يمكن أن يقال إن بينته تفيد أكثر مما تفيده يده ، وهو أن اليد قد تكون يد ملك ويد غصب ويد أمانة ، وذلك لا يجب على هذا أن لا يسع الشهود أن يشهدوا بالملك إذا رأوا الذي في يده يتصرف فيه ؛ لأن يده قد تكون يد ملك ويد غصب ، ولا يمكن أن يقال أيضاً : لو كانت البينة لا تقبل إلا ما تفيده اليد لوجب أن تكون يده معارضة لبينة الخارج وذلك أنا نقول له : وجب هذا وقد علمت أن بينة صاحب اليد لا تعارض بينة الخارج عندنا [ ][1] كذلك يده.

---

(١) يظهر سقط ورقة أو أكثر .

والدلالة على أبي حنيفة : ما تقدم من الخبر وهو قوله « البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] وهذا عام في النتاج وغيره ؛ ولأنها بينة انضاف إليها يد ، فلم تعارض بينة الحاكم ، دليله : بينة غير صاحب النتاج ؛ ولأن ذكره النتاج ليس بمزية لأحدهما ، ألا ترى أن رجلين لو تداعيا طعاماً في أيديهما فأقام أحدهما البينة أنه له زرعه في ملكه ، أو ثوبًا صبغ فيه صباغة فإنه لا مزية لأحدهما ، كذلك هاهنا .

ووجه الرواية الثانية : ما روى جابر أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في دابة أو بعير ، فأقام كل واحد منهما البينة أنها له نتجها ، « فقضى رسول الله ﷺ أنها للذي هي في يده »[2] وهذا نص ؛ لأنه قضى به لصاحب اليد ؛ ولأن بينته أفادت أكثر مما أفادته يده وهو النتاج ، فجائز أن تقبل بينته ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن بينة صاحب اليد لا تفيد إلا ما تفيد يده ، ويده لا تعارض بينة الخارج ، كذلك يده.

مسألة : قال : (ولو كانت الدابة في أيديهما ، فأقام أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر البينة أنها له نتجت في ملكه ، سقطت البينتان ، وجعلت بينهما نصفين، وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم به) خلافاً للشافعي - رحمه الله- في أحد قوليه : تسقطان ، ويكون الشيء موقوفاً في أيدهما حتى يصطلحا ، وله قول آخر : تستعملان ولا تسقطان .

(١) سبق تخريجه .

(٢) رواه أبو داود في الأقضية (٣٦١٣) عن أبي موسى وليس عن جابر .

واختلف قوله في كيفية الاستعمال على ثلاثة أقوال ، أحدهما : يقرع بين البيتين .

والثاني : يقسم الشيء بينهما نصفين .

والثالث : يوقف حتى يصطلحا .

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : يقضي ببينة صاحب التاج ، وهو إحدى الروايتين .

والدلالة على سقوطهما : هو أن البيتين حجة في الشرع ، والحجتان أيضاً تعارضتا ، ولم يكن لإحداهما مزية على الأخرى ، كان حظهما السقوط كاليمينين والقياسين إذا تعارضا ؛ ولأن البيتين عند تعارضهما أوقعتا شكاً في غير الملك ، فكان حظهما الإسقاط ، كما لو شهد شاهد بأن هذه الدار لأحد هذين الرجلين ، فإن ذلك يسقط ، ولا تكون له .

وأما أبوحنيفة فقد تقدم الكلام معه ، وذكرنا توجيه الروايتين ، فلا معنى لإعادته .

مسألة : قال : (ولو كانت الدابة في يد غيرهما ، واعترف أنه لا يملكها ، أو أنها لأحدهما ولا يعرفه عيناً ، أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه) خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : يوقف حتى يصطلحا ، ولا يقرع بينهما .

دليلنا : ما روى أبوهريرة أن رجلين تداعيا دابة لم يكن لواحد منهما بينه «فأمرهما رسول الله ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها »[1].

---

(١) رواه أبو داود في الأقضية (٣٦١٦) . قال الألباني : صحيح .

وقوله : « استهما على اليمين » يعني من يبتدئ منهما باليمين يستحق ؛ ولأن سبب الاستحقاق إذا تساوى لم يكن بعضه أولى من بعض قدمنا بالقرعة، كما لو أعتق عبيداً في مرضه لا مال له غيرهم ، أو عدل القاسم السهام بين الشريكين فإنه يقرع بينهما ، وكذلك إذا حضر سفر ، فأراد أن يسافر بعض نسائه أقرع بينهن ، كذلك هاهنا ، وقد تساووا في سبب الاستحقاق فوجب أن يقرع بينهما .

وقوله : (فمن خرجت عليه القرعة حلف) معناه : أنه لا يحكم له بمجرد القرعة ؛ للخبر الذي تقدم ، وهو أن النبي ﷺ قال: «استهما على اليمين»[1] . فأوجب اليمين مع القرعة يدل أن القرعة شيء واحد ، والحكم لا يثبت لشيء واحد، ألا ترى أن سائر الحجج الذي تثبت بها الدعوى : إما شاهدان ، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين الطالب، والقرعة هاهنا تجري مجرى اليد، فلم تثبت بها الدعوى حتى تنضم إليها اليمين كسائر الأحكام .

مسألة : قال : (ولو كانت في يده دار ، فادعاها رجل ، فأقر بها لغيره ، فإن كان المقر له بها حاضرًا جعل الخصم فيها ، فإن كان غائباً وكانت للمدعي بينة حكم له بها ، وكان الغائب على خصومته متى حضر) أما إذا أقر بها لغيره وقبل المقر له الإقرار حكم بالملك له ، لأنه قد أقر له من هي في يده ، والظاهر أن ما في يده ملكه ، و إقراره في ملكه تام صحيح ، وتكون الخصومة بين المدعي وبين المقر له ، فإن كان للمدعي بينة حكم له بها ، وإن لم تكن معه بينة فالقول قول المقر له مع يمينه ؛ لأن الظاهر أن ما في يده ملكه ، وإقرار من

---

(١) سبق تخريجه .

كانت الدار في يده له يقتضي ثبوت الملك له من الوجه الذي ذكرنا ، فلهذ كان القول قوله ، ويكون مع يمينه ؛ لأنه منكر ، واليمين على من أنكر ، وأما إن كان المقر له غائباً نظرت : فإن كان للمدعي بينة لم يقض على الحاضر ، لأنه يقول : ليست لي وإنما هي للغائب ، ولا يقضى على الغائب ؛ لأنه لا حجة مع المدعي ، فليس غير أن يقف الأمر حتى يقدم الغائب فتكون الخصومة معه ، وإن كانت للمدعي بينة قضى بها ، لأن بينته أولى من يد الغائب ، والقضاء على الغائب جائز على أصلنا ، وقد تقدم الكلام عليه ، فإذا قدم الغائب كان على خصومته ، بمعنى أنه إن أمكنه القدح في بينة المدعي قدح فيها ، وإن لم يمكنه ذلك فقد ثبت الحكم للمدعي ، سواء أقام الغائب بينة أو لم يقم بينة ؛ لأنه إن لم يقم بينة وله يد بغير بينة ، وصاحب البينة أولى من اليد ، وإن قام بينة بالملك فالمدعي خارج ، وبينة الخارج مقدمة .

مسألة : قال : (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً ، فادعى المسلم أن أباه مات مسلماً ، وادعى الكافر أن أباه مات كافراً ، كان القول قول الكافر مع يمينه ؛ لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً ، مدعيًا لإسلامه ، وإن لم يقر بأخوة الكافر ، ولم يقم بينة بأخوته ، كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أيديهما ، وإن أقام الكافر بينة أنه مات كافراً ، وأقام المسلم بينة أنه مات مسلماً ، سقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما .

وإن قال شاهدان : نعرفه كافرًا ، وقال شاهدان : نعرفه مسلماً ، حكم بالميراث للمسلم ؛ لأن الإسلام يطرأ على الكفر إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهما) أما إذا لم يكن لواحد منهما بينة بما يدعيه نظرت : فإن اعترف المسلم بأخوة الكافر ، فالقول قول الكافر ، والميراث له ؛ لأنه لما اعترف

بأخوة الكافر فقد اعترف بكفر أبيه ، وهو مدعي زواله بإسلامه بغير بينة ، فكان القول قول من يدعي بقاء الأصل ؛ لأن الأصل ما قاله ، وهذا الفصل لا فرق بين أن يعرف بأصل دينه أو لا يعرف ؛ لأن المسلم بإقراره بأخوة الكافر فقد اعترف على نفسه بكفر أبيه ، وهو يدعي انتقاله من ذلك الأصل ، وأما إن لم يقر بأخوة الكافر فقد أطلق الخرقي القول بأن الميراث بينهما نصفين ، وهذا محمول على أنه لا يعرف له أصل دين الكفر فالقول قول الكافر ؛ لأن الأصل يشهد بصحة ما يدعيه ، والمسلم يدعي خلاف الأصل ، فلا يقبل قوله . ومسألة الخرقي محمولة على أنه لا يعرف له أصل دين، فيكون بينهما نصفين؛ لأنهما قد تساويا في الدعوى ، ولا بينة لواحد منهما ، وأخذ بهما جميعاً على الشيء المدعى ، فكان بينهما نصفين إلا أنه في ذلك الموضع يقسم بينهما ، وعلى كل واحد منهما اليمين لإسقاط ما يدعيه من النصف الآخر ، ههنا يقسم بينهما من غير يمين من كل واحد منهما لصاحبه على ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه جعل بينهما من غير يمين ، ويفارق هذا إذا كان في أيديهما ثبوت يتداعيانه ؛ لأنه لو ثبت لأحدهما بينة بأن اليد له وأن الثاني يده في يد متعدية فلم يحكم بالملك حتى يسقط دعوى صاحبه ، وهذا معدوم هاهنا ، فلهذا فرقنا بينهما ، وأما إن أقام كل واحد منهما البينة بما يدعياه فقد ذكر الخرقي مسألتين ، إحداهما : إذا شهد اثنان أنه مات مسلماً ، وآخران أنه مات كافرًا ، كانتا متعارضتين فتسقطان ، وهذا محمول من كلامه إذا لم يعرف له أصل دين تكونا متعارضتين ، سواء كانتا مطلقتين ؛ فإن شهد أنه مات مسلماً ، وآخر أنه مات كافراً ، أو كانتا مقيدتين ، مثل إن شهدت إحداهما أنه فارق الدين ناطقًا بكلمة الإسلام ، أنهما متعارضتان ؛ لأنه إذا لم يعرف له أصل دين فلا تكون

التي شهدت بالإسلام انفردت بزيادة ، بل وقع التساوي ، بحيث لا ترجح إحداهما على الأخرى بوجه ، وأما إن عرف له أصل دين فليست مسألة الخرقي ، فينظر فيه ، وإن كانت مطلقتين ؛ مثل إن شهدت إحداهما أنه مات على النصرانية ، وشهدت أخرى أنه مات على الإسلام ، كانت بينة المسلم أولى، وسقطت الأخرى، ويحكم بالتركة للمسلم وحده؛ لأن أصل دينه الكفر، والإسلام انتقال عن ذلك الأصل ، فالتي شهدت بالكفر شهدت على ما يعرف من أصل دينه ، والتي شهدت بالإسلام شهدت بما انتقل إليه ، فقد انفردت بزيادة خفيت على الأخرى ، فكانت أولى منهما ، كما لو مات رجل وخلف تركة ، فشهد شاهدان أنه خلف العبد في تركته ، وشهد آخران أنه باع هذا العبد من فلان ، كانت بينة البائع أولى ؛ لأنها انفردت بزيادة خفيت على الأخرى ، وكذلك قلنا في الجرح والتعديل : أن الجرح أولى ؛ لأن العلم به بزيادة على الظاهر ، كذلك هاهنا .

المسألة الثالثة: إذا قال شاهدان: نعرفه كافراً . وقال شاهدان : نعرفه مسلماً. نظرت : فإن فرقت الشهود الشهادة حكم بالمتأخرة منهما ، فإن كانت بينة المسلم شهدت بأنها تعرفه مسلماً قبل موته بشهر ، وبينة الكافر شهدت بأنها تعرفه كافراً قبل موته بشهرين حكم ببينة المسلم ؛ لأن المتأخرة قد أثبتت حكماً زائداً على ما شهدت به المتقدمة خفي عليها ، فلهذا حكم بها ، وأما إن لم يؤرخ الشهود الوقت كانت بينة المسلم أولى ، ولا فرق بين أن يعرف له دين أو لا يعرف له ؛ لأنه إذا ثبت كفره فلا محالة أن الإسلام طارئ عليه ، والتي شهدت بالإسلام قد شهدت بزيادة لم تعرفها الأخرى وهو الإسلام ؛ لأنه طارئ على الكفر ، فلهذا كانت أولى ، ولا يكونان متعارضتين ؛ لأن التي

شهدت بالإسلام انفردت بزيادة خفيت على الأخرى فقدمت عليها ، وفارقت هذه المسألة التي قبلها ، وهو إذا شهد اثنان أنه مات كافراً ، وآخران أنه مات مسلماً ، ولم يعرف له أصل دين أنهما يتعارضان ؛ لأن التي شهدت بالإسلام لم تنفرد بزيادة ، بل وقع التساوي بينهما من الوجه الذي ذكرنا ، فلهذا لم ترجح عليها ، وهاهنا لشهادة المسلم مزية ؛ لأنها شهدت بما خفي على الأخرى ، وهو الإسلام ؛ لأنه طارئ على الكفر ، فلهذا قدمت عليها ، فهو بمثابة الفصل الذي قبل هذا ، وهو إذا عرف له أصل دين وشهدت إحداهما أنه مات كافرًا ، وأخرى أنه مات مسلماً شهادته مطلقة أن بينة المسلم أولى ؛ لأنها شهدت بزيادة ، وهو طريان الإسلام ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا ماتت امرأة وابنها ، فقال زوجها : ماتت قبل ابني فورثناها ، ثم مات ابني فورثته ، وقال : أخوها مات ابنها فورثته ، ثم ماتت فورثناها ، ولا بينة ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وكان ميراث الابن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين) إنما قال : يتحالفان ؛ لأنهما قد تساويا في الدعوى ، ولا بينة لأحدهما بما يدعيه على صاحبه ، والشيء مما يصح عليه اليمين ، فيجب أن يتحالفا ، كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن ، وكما لو اختلفا في سلعة في أيديهما ، ولا يلزم عليه الغرقى والهدمى أنه يرث بعضهم من بعض بغير يمين ؛ لأن ذلك الشيء مما لا تصح اليمين فيه ولا عليه ؛ لأنه أمر مغيب ، فلا يمكن السبق ، فلهذا لم تسمع الأيمان فيه ، ولا تلزم عليه القسامة أنه يستحلف فيها وإن لم يعلم عين القاتل ، لأن اللوث ظاهر يدل على القتل ، وإنما لم يورث الأم الابن ، والابن من الأم ، لأنا لا نتحقق حياة كل واحد منهما عند موت الآخر ، وقد وجب من كل واحد

منهما ما يسقط دعوى صاحبه وهي اليمين ؛ لأن يمين الزوج قطعت دعوى الأخ في تقدم الابن بالموت ، وانفرد الأب بميراثه بسقوط دعوى الأخ، في تقدم الابن بالموت ، وانفرد الأب بميراثه بسقوط دعوى الأخ، ويمين الأخ بسقوط دعوى الزوج في تقدم الزوجة في الموت ، فتكون تركتها بينه وبين أخيها نصفين ، وتكون تركة الابن كأنه مات ولا أم له ، فتكون تركته لأبيه دون أمه ، ولا يشبه هذا ما قلناه في الغرقى والهدمى أنه يورث بعضهم من بعض وإن لم يتحقق حياة كل واحد منهما في الغرقى ، فالظاهر تقدم موت أحدهما قبل الآخر ، ولم يحصل من جهة كل واحد ما يسقط ميراثه من صاحبه ، وليس كذلك هاهنا ؛ لأنه قد حصل من جهة كل واحد من الزوج والأخ ما يسقط دعوى الآخر من اليمين ، فوجب أن يقسم التركة كأنه لا ولد لها على الوجه الذي ذكرنا .

ووجه آخر : وهو أن الأخ يدعي موت الابن تاريخاً متقدماً وما لا نعلمه تقدمه فإنا نحكم به في أدنى الأوقات ، والقول قول الأب في تأخير موت ابنه ، فيكون ميراثه له ، ويكون ميراث الزوج بينهما ؛ لأنهما جميعاً اتفقا على أنه بينهما تقدم موت الابن أو تأخر .

مسألة : قال : (ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً ، وشهد آخران على رجل أنه أخذ من الصبي ألفاً ، كان على ولي الصبي أن يطالب أحدهما بالألف ، إلا أن تكون كل بينة لم تشهد بالألف التي شهدت بها الأخرى، فيأخذ الولي الألفين) أما إذا كانت الشهادتان جميعاً بالألف واحدة فالمسألة محمولة على أن أحدهما أخذ منه ألفاً ثم رده عليه ، فلم تبرأ ذمته برده إلى يد الصبي ؛ لأن الصبي ليس له قبض صحيح ، ثم عاد آخر فأخذ تلك

الألف بعينها ، فللولي أن يطالب أيهما شاء ، لأن الأول لم يرده على الصبي ، والثاني قد ضمن بالأخذ فلم يكن له أن يطالب كل واحد منهما بالألف ليحصل له ألفان ؛ لأنهما إنما شهدا بألف واحدة ، فأما إن شهدت كل بينة بالألف غير الألف التي شهدت بها الأخرى كان للولي أن يطالب بألفين ؛ لأن الشهادة أثبتت ألفين ، فلهذا كان له أن يطالب بألفين ، وليس كذلك في التي قبلها ؛ لأن الشهادتين قد تضمنت ألفاً واحدة إلا أنهما اختلفا في الأخذ لها ، فلهذا لم يملك الولي المطالبة بأكثر من ألف واحدة .

مسألة : قال : (ولو أن رجلين حربيين جاءانا من أرض الحرب مسلمين ، فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه حكمنا بأنهما أخوان ، ولو كانا سبيا فادعيا ذلك بعد أن عتقا ، فميراث كل واحد منهما لمعتقه إذا لم يصدقهما ، إلا أن يقوم بما ادعياه من الأخوة بينة من المسلمين ، فيثبت النسب بها ، فيورث كل واحد منهما أخوه الآخر) قبل ذلك منهما ؛ لأنه مجهول النسب استلحق بسبب من يمكن أن يكون منه من غير إلحاق ضرر بغيره وجب أن يلحق به كالمسلم الأصلي في دار الإسلام ، وأما إذا كانا سبيا فادعيا الأخوة بعد العتق، فإن كان لهما بينة بذلك من المسلمين قبلت؛ لأن البينة تدل على صحة النسب، ولا يقبل الكافر في ذلك ؛ لأنهم غير عدول ، وأما إن لم يكن بينة ، فإن صدقهما المعتق ثبت ما ادعياه ورث بعضهم من بعض ؛ لأنه يمكن أن يكون منه ، وقد صدقه عليه من تعلق له عليه حق الولاء ، فيجب أن يصح ، وإن لم يصدقهما المعتق فميراث كل واحد منهما لمعتقه ، ولا يستحقه الآخر ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يصدقون في كل ما يصدق فيه المسلمون .

دليلنا : ما روى الشعبي أن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى شريح أن لا

يورث حميلاً حتى تقوم به بينة من المسلمين[1] ؛ ولأنه قد ثبت عليه الولاء لمسلم ، وفي إقراره بذلك إسقاط حقه ، ولا يملك إسقاط حق غيره إلا ببينة ، فلهذا لم يقبل ، ويفارق هذا إذا استلحق ولدًا وله أخ أنه يصح ، وإن كان ثبوت نسب الولد يحجب الأخ ذلك أن الولد نتيجة الملك ومستفاد منه ، فلما لم يملك إسقاط ولاء ولا يملك إسقاط نتيجة ملك مولاه ، وليس كذلك النسب ، لأنه ليس بملك ولا نتيجة ملك ، فلهذا لم ثبت نسبه وإن حجب أخاه ؛ ولأن الولاء أقوى لأن يملك بعوض، ألا تراه يقول : أعتق عبدك بألف ، فإذا ثبت له الولاء عليه بعوض قويًا به، فلم يملك إسقاط إرث مولاه ، وليس كذلك النسب؛ لأنه لم يثبت بعوض يضعف في بابه ، فلهذا ملك بإسقاط الأخ به .

مسألة : قال : (وإذا كان الزوجان في البيت ، فافترقا أو ماتا ، فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له ، حكم بما كان يصح للرجال للرجل ، وما كان يصلح للنساء للمرأة ، ومما يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفان) خلافًا للشافعي - رحمه الله- في قوله : جميع المتاع بينهما نصفان بعد أن يحلف كل واحد منهما .

دليلنا : أن يد كل منهما ثابتة على جميع ما في البيت من طريق الحكم ، بدلالة أن أحدهما لو ادعى ما في البيت ونازعه فيه أحد ، جعل المتاع في يده وكان الآخر مدعياً وعليه البينة ، فإذا كان كذلك احتجنا أن ينظر أيهما آكد يدًا وأظهر تصرفاً ، والرجل آكد فيما يصلح للرجال ؛ لأن الظاهر أنه استعمله وتصرف فيه ، فيجب أن يكون الرجل أولى بما يصلح للرجال ، والمرأة أولى

---

(١) رواه سعيد بن منصور (٢٥٢) ، والبيهقي في المعرفة (١٨٣٤٨) .

بما يصلح للنساء ، وهذا كما قلنا في الدابة إذا تنازعا رجلان لأحدهما عليها حمل ، وليس للآخر عليها شيء أن صاحب الحمل أولى للمعنى الذي ذكرنا ، وكذلك إذا كان أحدهما راكبها والآخر متعلقاً بلجامها ، فإن الراكب أولى ، وكذلك إذا تنازعها قميصاً وأحدهما لابسه والآخر متعلق به ، فإن اللابس أولى ، وكذلك لو تداعيا حائطاً بينهما لأحدهما عليه أزج ، فإن صاحب الأزج أولى ، ولا يلزم عليه إذا تداعيا حائطاً ولأحدهما عليه جذوع أن يد كل واحد منهما ثابتة على جميعه ، ولا يحكم لصاحب الجذوع ، لأنه ليس بتأكيد لليد ، لأن للجار أن يضع خشبه على جداره، ولا يشبه هذا إذا تنازع العطار والدباغ في جلد أنه يكون بينهما ؛ لأن يدهما عليه من طريق المشاهدة ، فما في يد العطار ليس في يد الإسكاف ، فلهذا كان بينهما ، وفي مسألتنا يد كل واحد منهما ثابتة على جميع ما في البيت من طريق الحكم ، فهو كالدابة إذا كان لأحدهما عليها حمل ، ونظير العطار والإسكاف من مسألتنا أن يكونا في دكان واحد وفيه آلة العطارين وآلة الأساكفة وهما متصرفان في الدكان، واختلفا في المتاع الذي فيه: أن ما يصلح للعطارين فهو للعطارين ، وما يصلح للأساكفة فهو للأساكفة ؛ للمعنى الذي ذكرنا .

مسألة : قال : (ومن كان له على أحد حق فمنعه منه فقدر على مال له لم يأخذ منه بمقدار حقه) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في قوله : له أن يأخذ قدر حقه متى تعذر عليه ثبوته عند الحاكم .

وخلافاً لأبي حنيفة في قوله : إن كان المال عروضاً لم يأخذ من تحت يده ، وإن كان عيناً أو ورقاً جاز له الأخذ .

دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن

طيب نفس منه»[1] . وروي عنه ﷺ أنه قال : « أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[2] . فوجه الدلالة : هو أن من عنده وديعة لغيره فإن عليه ردها إلى من ائتمنه عليها، فمن قال : له أن يمسكها بحق عند المودع فقد ترك الخبر وصار خائناً ، وقد نهي عنه ؛ ولأنه أخذ حقه بغير قضاء ولا رضا ، فلم يجز ، دليله : لو كان باذلاً ممتنعاً إلا أنه يمكنه إقامة البينة على ذلك ، أو وجد من غير جنس حقه ، وكل حق لو ثبت بالبينة حكم له به ، فإذا لم يقم بينة لم يجز له استيفاؤه بغير قضاء ولا رضا ، دليله : القصاص ، ولا يلزم عليه نفقه الزوجه أن لها أن تأخذ من تحت يدها ؛ لأنه قد لا يحكم لها بالبينة ، وهو أن يكون الحاكم حنفياً فلا يحكم بالنفقة للزمان الماضي ؛ ولأن في جواز أخذه من تحت يده ذريعة إلى استباحة الأموال ، وهو أن يتسلط السارق فيأخذ ، فإذا ادعى عليه قال : كان لي عليه حق فأخذته ، وفيه أيضاً : أنه يحكم لنفسه ويقضي لها ، وهذا لا يجوز ؛ ولأنا إذا قلنا : له أن يأخذ من تحت يده كان له تعيين للحق في جهة من المال ، والحق في الذمة غير متعين بجهة من المال ، فلم يجز أخذه بغير قضاء ولا رضا.

* * *

---

(١) رواه الدارقطني (٣/ ٢٦) .

(٢) رواه أبو داود في الإجارة (٣٥٣٤) . قال الألباني : صحيح .

كتاب العتـق

العتق إسقاط حق ، يقال : أرض حرة ، إذا لم يكن عليها حق ، وقيل للحر : حر ؛ لأنه يملك نفسه ولا يد عليه .

وهو في الشريعة على ضروب ، منها : إسقاط الحق عن الذمة ، مثل البراءة في الديون ، وهو جائز ؛ لأنه تعلق له حق بذمته .

ومنها : إسقاط عن الغير ، وهو ضروب ، منها إسقاط حق متعلق بالعين ، مثل الإجارة ، والموصى بعتقه فسقط ؛ لأن الحق له ، ومنها حق له ، ومنها حق في العين ، وهو الرق ، فيجوز إسقاطه ؛ لأن الحق له ، ومنها إسقاط حق العين نفسه ، فلا يجوز ؛ لأن البراءة عن الأعيان لا تجوز ؛ لأنه لا يملكها ؛ لأن البراءة تسقط المطالبة في الديون ، والديون إذا سقطت المطالبة فيها سقطت رأساً ، والعين إذا سقطت المطالبة بها لم تملك ، فلا يصح إسقاط الحق عنها .

والأصل في العتق : قوله تعالى : ﴿تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] . قيل في التفسير : نزلت في زيد بن حارثة كان النبي ﷺ أعتقه وتبنى به ، فحرم الله تعالى التبني ، وقيل في التفسير : وأنعم الله عليه بالإسلام ، وأنعمت عليه بالعتق . وقال تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، وقال تعالى : ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] .

وأيضاً روى عمر بن عبسة أن النبي ﷺ قال : « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار »[١].

مسألة : قال : (وإذا كان العبد بين ثلاثة ، وأعتقوه معاً ، أو أوكل إنسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ، ففعل ، أو أعتق كل واحد منهم حقه ، وكان معسراً ، فقد صار حراً ، وولاؤه بينهم أثلاثاً) إنما عتق كل واحد قدر حصته ؛ لأنه لم يسبق عتق أحدهم على عتق الآخر ، فلهذا عتق في حصة كل واحد ، ويكون الولاء بينهم أثلاثاً ؛ لأن العتق حصل في مال كل واحد من جهته .

مسألة : قال : (ولو أعتقه أحدهم وهو موسر ، عتق كله ، وصار لصاحبيه عليه قيمة ثلثيه) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : يعتق عليه قدر حصته خاصة ولشريكه ثلاث خيارات : إن شاء ضمن المعتق فيه نصيبه ، وإن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى .

دليلنا : ما روى ابن عمر - رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال : « من أعتق شركًا له في عبد ، فإن كان معه ما يبلغ قيمته قوم عليه قيمة عدل وعتق جميع العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»[٢] فمنه أدلة ، أحدهما : أنه أوجب الله التقويم على المعتق الموسر ، وعنده لا يجب ذلك بل يكون الشريك الآخر مخيراً بين أن يلزمه القيمة أو لا يلزمه .

الثاني : أنه جعل حكم الموسر التقويم عليه ، وحكم المعسر أن يعتق منه ما عتق ، ولم يذكر الاستسعاء ، فمن أثبت ذلك خالف الظاهر .

---

(١) رواه البخاري في كفارات الأيمان (٦٣٣٧) ، ومسلم في العتق (١٥٠٩) .

(٢) رواه البخاري في الشركة (٢٣٥٩) ، ومسلم في العتق (١٥٠١) .

والثالث : أنه أخبر أن المعتق إذا كان معسراً عتق من العبد ما عتق ، فاقتضى ذلك أنه لا حكم غير هذا ، وإثبات الاستسعاء في هذه الحال مخالف للظاهر ، ولأن الاستسعاء عتق بعوض من جهة العبد ، فلم يجبر عليه ، دليله : الكتابة ، فلا يلزم أم ولد النصراني إذا سلمت، فإن ظاهر المذهب أنها لا تستسعي أيضاً، وعلى الرواية الأخرى : تستسعي لأجل الصغار والذلة الداخلة عليها بكونها في ملك كافر ؛ ولأن العتق يزيل الملك إلى غير مالك ويختص بالحيوان ، فوجب أن يتعلق به السراية في كل موضع لا يلحق بذلك ضرر ، كالطلاق ، والعتاق ، ولا يلزم عليه الوقف ؛ لأنه يختص ، ولا يلزم المقر أنه لا يسري إلى نصيب شريكه ؛ لأنه في ذلك ضرراً عليه .

مسألة : قال : (فإن أعتقاه بعد عتق الأول ، وقبل أخذ القيمة ، لم يثبت لهما فيه عتق ؛ لأنه صار حرًا بعتق الأول له) معنى هذه المسألة أن العتق يسري إلى حصة شريكه باللفظ لا بدفع القيمة ، فإذا كان العتق يسري باللفظ لم يصح العتق إلا في الاثنين ، لأن ملكهما قد عتق باللفظ الأول ، خلافًا للشافعي في أحد أقواله : أنه يعتق نصيب شريكه باللفظ ودفع القيمة ، فإذا دفع القيمة إلى شريكه عتق نصيب شريكه ، وإن لم يدفع إليه القيمة لم يعتق ، وله قول آخر : يكون نصيب شريكه مراعى ، فإن دفع القيمة إليه تبينا أنه عتق يوم العتق ، وإن لم يدفع تبينا أن العتق لم يتعلق بنصيب شريكه .

دليلنا : ما روى أيوب ، عن نافع ، عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من أعتق شركًا له في عبد وكان له مال يبلغ منه فهو عتيق»[1] فأخبر أنه يصير عتيقاً

---

(١) سبق تخريجه .

بشرطين : عتق ويسار وجدا ، وأيضاً روى ابن أبي مليكة ، روى عن نافع ، عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال : « إذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه وكان له مال فقد عتق كله »[1] وهذا نصه؛ ولأنه لا خلاف أن لا قيمة تجب حين أعتق وقدر القيمة يجب يومئذ ، فإذا كان الوجوب وقدر الواجب معتبراً بحال الإعتاق ثبت العتق يقع حين الإعتاق.

مسألة : قال : (وإن أعتقه الأول وهو معسر ، وأعتقه الثاني وهو موسر ، عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه ، وكان له عليه ثلث قيمته ، وكان ثلث ولائه للمعتق الأول ، وثلثاه للمعتق الثاني) أما الأول : فإنه يعتق عليه حصته فقط ، ويلزمه ثلث للولاء ، وأما الثاني : فيعتق عليه حصته وحصة شريكه الثالث ، لأنه آلت عليه بالسراية حصة الثالث ؛ لأنه موسر وكان عليه قيمة ثلثه له ، وله ثلثا الولاء ثلث بحصته ، وثلث بحصة شريكه الثالث .

مسألة : قال : (ولو كان المعتق الثاني معسرًا ، عتق نصيبه منه ، وكان ثلثه رقيقاً لمن لم يعتق ، فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق ، وثلثاه للمعتق الأول ، والمعتق الثاني بالولاء ، إذا لم يكن له وارث أحق منهما) أما الأول فلم يعتق عليه أكثر من حصة ؛ لأنه معسر ، وله من العبد ثلث ولائه بقدر حصته منه ، وكذلك الثاني عتق منه بقدر حصته وهو الثلث ؛ لأنه معسر وكان له ثلث ولائه بقدر حصته ، وهذا إذا لم يكن وارث أحق منهما مثل ابن وأب أو أخ فإنه ينفرد بثلثه دونهما ؛ لأن العصبة من النسب مقدم على المعتق ، وبقي ثلثه رقًا ؛ لأن الثالث لم يعتقه ، فيكون ولاؤه لسيده لبقاء ملكه عليه .

---

(١) رواه أحمد بنحوه (٢/ ٥٣) .

مسألة : قال : (وإن كان العبد بين شريكين ، فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه، فإن كانا معسرين لم يقبل قول واحد منهما على شريكه، وإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ، ويصير حرًا لو يحلف عن أحدهما ويصير نصفه حراً ، وإن كان الشريكان موسرين فقد صار حراً باعتراف كل واحد منهما بحريته ، وصار مدعياً على شريكه لصف قيمته ، فإن لم يكن بينة فيمين كل واحد منهما لشريكه) أما إذا كانا معسرين ولم يكن للعبد بينة لم يقبل قول أحدهما لصاحبه ، ولم يعتق شيء منه ؛ لأنه ليس في ادعاء كل واحد منهما لشريكه ، أما إذا كانا معسرين ولم يكن للعبد بينة لم يقبل قول أحدهما ، أما إذا كانا معسرين ولم يكن للعبد بينة لم يقبل قول أحدهما لصاحبه ، ولم يعتق شيء منه ؛ لأنه ليس في ادعاء كل واحد منهما على صاحبه الحرية إقرار على نفسه ؛ لأنه إذا ادعى عليه العتق وهو معسر فإن عتقه لا يسري إلى حصة شريكه ، فلهذا لم يعتق ، فإن كان له بينة إما شاهدان ، أو شاهد ويمين ، أو كان الشريكان عدلين فقبلت شهادتهما وحلف مع كل واحد منهما عتق جميعه لقيام البينة بذلك ، وأما إن كان الشريكان [ ][1] فقبل شهادتهما وحلف كل واحد منهما عتق جميعه [إذا كانا] موسرين عتق نصيب كل واحد منهما منه فيكون كله حراً باللفظ ، وهذا يوجب لأحدهما على صاحبه قيمة نصيبه أم لا ؟ ينظر فيه ، فإن كان له بينة بما يدعيه إما شاهدان أو شاهد ويمين كان له عليه قيمة نصيب شريكه ، وإن لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ؛ لأن الأصل أن لا عتق ، والأصل بقاء الرق ، فإذا حلف

---

(١) يظهر سقط في الكلام .

استقر الرق في نصيب نفسه ، وأما نصيب المدعي فإنه يعتق بنفس اللفظ ، فنصيب المدعي حر ، وذلك أنه إقرار بما يضره ويضر غيره ؛ لأن معنى هذا الكلام: أعتق نصيبك منه ، ووجب لي عليك قيمة نصيبي منه . فقبل قوله فيما يضره وهو العتق بالسراية في حصته دون ما يضر غيره ، وهو ضمان القيمة له ، كمن ادعى على رجل أنه ابتاع منه هذا العبد وأعتقه، فالقول قول المدعى عليه، فإذا حلف عتق العبد على المدعي ؛ لأنه أقر بما يضره ويضر غيره، فقبل قوله فيما يضره دون ما يضر غيره ، وكذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا مات رجل وخلف ابنين وعبدين لا يملك غيرهما ، وهما متساويا القيمة ، فقال أحد الابنين : أبي أعتق هذا . وقال الآخر : أبي أعتق أحدهما ، لا أدري من منهما ، أقرع بينهما ، فإن وقعت على الذي اعترف الابن بعتقه عتق منه ثلثاه، وإن لم يجز إلا الابنان عتقه كاملاً وكان الآخر عبداً، فإن وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه ، وكان لمن قرعنا بقوله [فيه] سدسه ونصف [العبد الآخر]، ولأخيه نصفه وسدس العبد اعترف أن أباه أعتقه، فصار ثلث كل واحد من العبدين حراً) إنما قلنا : يقرع بينهما ؛ لأنه لما اختلف الوارثان في غير العبد المعتق إذا أشكل الأمر فيه منهما ، فكان كما لو أعتق عبيده في مرضه ولا مال له غيرهم ولم يجز الورثة أكثر من الثلث ، فإنا نقرع بينهم ، فمن خرجت عليه القرعة عتق منه الثلث ، فإن وقعت القرعة على الذي أقر به أحدهما عتق ثلثاه ؛ لأنه لما خرجت عليه القرعة ثبت صدقة في الظاهر ، وزوال الإشكال في حق الأخ الآخر يحصل كأنهما جميعاً اتفقا على عتقه ، فعتق ثلثاه وهو ثلث العبدين ، ورق ثلثه وجميع العبد الآخر الذي لم يقر به أحدهما عتق منه ثلثه ، ولم يعتق ثلثاه ؛ لأن الأخ الآخر لم يعترف بعتقه ،

فعتق في حق من خرجت القرعة بقول ثلثاه ، ويبقى ثلثه رقًا فيكون له نصف الثلث وهو سدس العبد ونصف العبد الآخر ؛ لأنه يقول : أبي لم يعتقه ، فجميعه عبد ، فلي نصفه ، ومعتق من الآخر في حق من قال : أعتق ثلثاه ، ويبقي ثلثه رقًا ، فيكون له نصف الثلث وهو سدس العبد ونصف العبد الآخر الذي خرجت عليه القرعة ؛ لأنه يمكن أن يكون أبوه أعتقه .

مسألة : قال : (وإن كان لرجل نصف عبد ، ولآخر ثلثه ، والآخر سدسه ، فأعتقه صاحب النصف ، وصاحب السدس معًا ، وكانا موسرين ، عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين ، وكان ولاؤه بينهما أثلاثًا ، لصاحب النصف ثلثاه ، ولصاحب السدس ثلثه) وإنما عتق عليهما بالسوية ؛ لأنهما موسران ، وإنما ضمنا حق شريكهما فيه نصفين ولم يضمن كل واحد منهما على حسب ملكه منه ؛ لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : « من أعتق شركاء له في عبد وكان له ما يبلغ ثمنه قوم العبد قيمة العدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد ، وإلا عتق منه ما عتق »[1] فوجه الدلالة : هو أنه علق الضمان بأن أعتق شركًا له من عبد ، وقد اشتركا في هذا المعنى ، فكانا في الضمان سواء ، ولأن الضمان إنما وجب على المعتق لإزالة الضرر عن شريكه ، وهما في إدخال الضرر سواء ، بدليل أن السراية إلى الثالث بإعتاق النصف كالسراية إليه بإعتاق السدس، فلما كانا في إدخال الضرر عليه سواء كانا في الضمان سواء؛ ولأن العتق منهما بمنزلة الإتلاف والجناية ، فوجب أن يضمن على عدد الجناية ، ألا ترى أنه لو جرحه أحدهما مائة وجرحه الآخر جرحًا واحداً ،

---

(١) سبق تخريجه .

فمات بالسراية كانا في الضمان سواء على عدد الجناة دون الجناية ، كذلك هاهنا ، ويفارق هذا الشفعة ؛ لأنها على قدر الأنصباء ؛ لأن الشفعة مستحقة بالملك ، فكانت حين الاشتراك على قدر الملك ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأن الاستحقاق بالجناية ، فكانت على عدد الجناة لا على قدر الجناية هو أن الشفعة من هذه العلة والكسب لما كان باستحقاقها بالملك كانت على قدر الملك ، وكما لو أعتق صاحب الثلث نصيبه منه فإنه يقوم لكل واحد منهما قدر ما أتلفه عليه ؛ لأنه يستحق بالملك ؛ ولأن الشفعة تجب لإزالة الضرر الداخل، والضرر على من كثر نصيبه أكثر من الضرر على من قل نصيبه ، واستحقاقها على قدر الضرر ، كذلك هاهنا استحق على قدر الضرر ، والضرر والداخل عليه بالسوية ، فلهذا كانا في الضمان متساويين ، وإنما كان الولاء بينهما أثلاثاً ، لأن العتق حصل بينهم أثلاثاً ، وذلك أن من كان له السدس عتق السدس الذي كان يملكه ونصف الثلث الذي كان لشريكه ، فكان العتق في حقه الثلث ، فلهذا كان ثلثا الولاء لصاحب النصف ؛ لأنه عتق عليه ثلثاه نصفه الذي كان يملكه ونصف الثلث الذي كان لشريكه بالسراية .

مسألة : قال : (وإذا كانت الأمة بين شريكين ، فأصابها أحدهما ، فأحبلها ، أدب ولم يبلغ به الحد ، وضمن نصف قيمتها لشريكه ، وصارت أم ولده وولده حر ، وإن كان معسراً كان في ذمته نصف قيمتها ، وإن لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها ، وهي على ملكهما) .

أما قوله : (أدب) فلأنه لم ينفرد بملكها ، فوطؤه صادف ملك غيره بغير حق .

وقوله : (لم يبالغ به الحد) لأن له فيها ملكاً فما من جزء إلا وله فيه حق

بقدر حصته ، فسقط الحد عنه للشبهة .

وقوله : (وضمن نصف قيمتها لشريكه وإلا كان في ذمته إن كان معسراً وتصير أم ولد) فظاهر هذا أنها تصير أم ولد بالإحبال موسرًا كان أو معسراً ، والوجه فيه : أنه أولدها وله فيها ملك فكانت أم ولد ، دليله : لو كانا جميعًا ملكه ، أو كان موسراً ، ولأن وطئه إذا صادف ملكه أوجب الحرية ، والحرية بالإيلاد ، وقد اجتمع فيها ما يوجب حكم الإيلاد ، وهو قدر ملك غيره ، فوجب أن يغلب حكم الإيلاد ؛ لأجل ملكه ، كما قلنا : لو وطئ في المرض المخوف جارية له وأولدها حصلت أم ولد له ، ولم تخرج من الثلث تغليبًا للحرية ، وإن كان قد تعلق بها حق الوراثة ، كذلك هاهنا ، وأما الولد فإنه حر ؛ لأنها علقت به وله فيها ملك ، فلهذا كان الولد حراً ، ولأنها قد صارت بهذا الإحبال أم ولد، فكان ولده منهما حراً ؛ كما لو كان جميعها ملكاً له، فأما إن لم تحبل منه لم تصر أم ولد بعدم الإحبال، وكان عليه نصف مهر مثلها لشريكه؛ لأن وطئه صادف ملكه في نصفها وملك غيره في النصف الآخر ، فلهذا كان عليه في النصف المهر ، ألا ترى أنهما لو زوجاها كان مهرها بينهما نصفين ؛ لأن قيمة بضعها لهما ، كذلك ههنا .

مسألة : قال : (وإذا ملك بعض من يعتق عليه بغير الميراث ، وهو موسر ، عتق كله ، وكان لشريكه [عليه] قيمة حقه منه ، وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا [مقدار] ما ملك منه موسراً كان أو معسراً) أما إذا ملك بعضه بغير الميراث مثل أن يملك بالشراء والهبة والوصية والصلح فإنه يعتق عليه ذلك البعض ؛ لأن المعنى الذي يعتق الكل به يعتق البعض وهو الرحم ، وهل يقوم عليه ما بقي ؟ نظرت : فإن كان معسراً لم يقوم كما لو باشر عتقه وذلك لأن

التقويم لإزالة الضرر عن شريكه ؛ لأن نصف عبده باقيه عبد خير من نصف عبد باقيه حر ، فإذا كان شريكه معسراً فلو قلنا : يقوم عليه كانت حصة نفسه في ذمته معسراً فكان تمليكه بملك ناقص خيراً له من ذهاب ملكه ؛ لأنه يكون بدله في ذمة مفلس قد لا يقدر عليه أبداً ، وإن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه ؛ لأنه ملك مع العلم بأنه يعتق ، فهو بمثابة مباشرته بالعتق ، ولو باشره بالعتق قوم عليه نصيب شريكه ، كذلك هاهنا ، فأما إذا ملكه بالميراث فإنه لا يقوم عليه باقيه على ما نقل الخرقي ، ونقل المروذي عن أحمد - رحمه الله- كلامًا يقتضي أنه يقوم عليه .

وجه ما نقله الخرقي : أن القدر الذي عتق عليه لم يقصد به إدخال الضرر على شريكه ، ومتى عتق بعضه بغير قصد إلى الضرر لم يقوم عليه ، كما لو وصى بعتق عبده ، فلم يخرج من الثلث يعتق بعضه بعد وفاته ، ولا يقوم على الوارث ما بقي من الرق ؛ لأنه لا صنع له في عتق ما عتق عليه ، كذلك هاهنا .

ووجه الثانية: أن الميراث أحد جهات الملك فوقع به العتق، كالبيع والهبة.

مسألة : قال : (وإذا كان له ثلاثة أعبد ، فأعتقهم في مرض موته ، أو دبر أحدهم ، وأوصى بعتق الآخرين ، ولم يخرج من ثلثه إلا واحد ، لتساوي قيمتهم ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهم رق ، فمن وقع له سهم حرية عتق دون صاحبه ، ولو قال لهم في مرض موته : أحدكم حر ، أو كلكم حر ، فمات فكذلك) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إذا أعتق عبيده في المرض ، ولا ملك له غيرهم ، عتق ثلث كل عبد ، وسعوا في الباقي .

دليلنا : ما روى عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين له في مرضه لا مال له غيرهم ، « فجزأهم النبي ﷺ أجزاء ، وأقرع بينهم ،

فأعتق اثنين وأرق أربعة »[1] وهذا نص في إبطال قوله وإثبات الإقراع ، وقد دللنا على إبطال السعاية فيما تقدم ، وذكرنا أنه عتق بعوض من جهة العبد ، فلم يجبر العبد عليه كالكتابة ، وإذا بطل القول بالسعاية ثبت الإقراع ، ويدل على صحة القول بإقراع : أنه قد ثبت أن الشريكين إذا كان بينهما مال وأراد قسمته فإن الحاكم يجزئه ويقرع بينهما ، وكذلك إذا أراد أن يسافر بإحدى نساءه فإنه يقرع بينهن ، فمن خرج له السهم سافر بها ، وكان المعنى في هذين الموضعين: أن الحقوق تساوت من حيث لا يمكن التمييز بينهما بوجه غير الإقراع ، كذلك إذا أعتق ستة مملوكين ولا يفي ثلثه بهم ، فقد تساووا في تعلق الحرية بهم ولا مزية لبعضهم على بعض ، فلم يمكن التميز بينهم إلا بالقرعة ؛ ولأن العتق في المرض . ومن أوصى بشيء لم يجز أن يجعل للموصى له شيئاً إلا بعد أن يجعل للورثة مثليه ، فلو قلنا : إن الثلث من العبيد يعتق لم يستسعون في الثلثين ، فتعجلت الحرية لهم في الثلث ، وتأخر حق الورثة في الثلثين إلى وقت أداء المال ، وهذا يخالف الأصول ، ألا ترى أن من وصى بمال حاضر يبلغ قدر ثلثه وله مال غائب لم يجز دفع الثلث الحاضر إلى الموصى له إلا بعد أن يجعل للورثة المال الغائب ، كذلك هاهنا لا يجوز أن تتعجل الحرية للعبد في الثلث ويتأخر حق الورثة في الثلثين ، فإذا بطل هذا ثبت أنه يقرع بينهم ، فيعتق الثلث ويرق الثلثان ، وإذا ثبت هذا في العتق المنجز في الرضى ثبت في عتق بعضهم ، وتدبير بعضهم، ويثبت أيضاً في الوصية بعتق بعضهم ، أو عتق واحد منهم لا بعينه ؛ لأن في جميع هذه المواضع العتق وصية ، وهو معتبر من

---

(١) رواه مسلم في الأيمان (١٦٦٨) .

الثلث ، وقد اختص ببعضهم لا بعينه، فوجب إخراجه بالقرعة .

مسألة : قال : (وإذا ملك نصف عبد ، فدبره ، أو أعتقه في مرض موته ، فعتق بموته ، وكان ثلث ماله يفي بقيمة النصف الذي لشريكه أعطي ، وكان كله حرًا في إحدى الروايتين ، والأخرى : لا يعتق إلا حصته ، وإن كان ثلث ماله قيمة حصة شريكه ، وكذلك إذا دبر بعضه ، وهو مالك لكله) أما إذا دبره فهل يقوم عليه تمام الثلث أم لا ؟ على روايتين ، إحداهما : يقوم عليه ؛ لأن ثلثه بعد موته قد أجري مجرى كماله في حال صحته ، بدليل : أن وصاياه وصدقاته وعتقه معتبر من الثلث ، ثم يثبت أنه لو أعتق في الصحة قوم عليه ، بل يعتق ذلك الشقص ، وهو قول الشافعي - رحمه الله- ؛ لأنه إذا مات زال ملكه عن ماله إلا القدر الذي استثناه بالوصية والقدر الذي استثناه من الشقص ، فكأنه أعتقه قبل وفاته ولا يملك سواه ، ولأن ما استثناه بالوصية بمنزله كل ثلاثة في مرضه ، ثم يثبت أن قدر الثلث ينفذ عتقه فيه في مرضه فلا يزيد عليه ، كذلك فيما استثناه في الوصية ولا يزيد عليه ، اللهم إلا أن يقول : أعتقوا هذا الشقص وكملوا عتق باقيه ، فيكون على ما أوصى إن كان يخرج من الثلث ، وإلا فبقدر ما يخرج من الثلث ، وأما إذا أعتقه في مرض موته فهل يسري إلى جميعه أم لا ؟ على روايتين ، إحداهما : لا يقوم عليه ، كما لا يقوم عليه إذا كان العتق بعد الموت ؛ لأن العطية في المرض قد أجريت مجرى الوصية بدليل أنها معتبرة من الثلث .

والرواية الأخرى : يقوم عليه ، وهو قول الشافعي - رحمه الله- ؛ لأن تصرف المريض في ثلث ماله تصرف الصحيح في كل ماله ، ثم الصحيح يقوم عليه نصف شريكه وإن كان يستغرق كل ثلثه ؛ لأن العتق بالسراية كالعتق

بالمباشرة ، بدليل : أنه لو أعتق بعض عبد عتق كله ، كما لو أعتق كل عبيده ، فإذا كان كذلك ثبت أنه لو باشر العتق استوفى الثلث ، كذلك بالسراية .

مسألة : قال : (ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم ، فأعتقناهم ، وظهر عليه دين يستغرقهم بعناهم في دينه)، وذلك أن العتق وصية تعتبر من الثلث ، والدين مقدم على ذلك ، فلهذا منع العتق .

مسألة : قال : (ولو أعتقهم وهم ثلاثة ، فأعتقنا منهم واحداً فعجز ثلثه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه أعتق منهم من أرق) وذلك أنهم يخرجون من الثلث ، فلهذا أعتقوا .

مسألة : قال : (ومن قال لعبده : أنت حر في وقت سماه ، لم يعتق حتى يأتي الوقت) ، وذلك لما روي عن أبي ذر أنه قال : أنت عتيق إلى الحول[1]، فلولا أن العتق يتعلق بالحول لم يكن لقوله فائدة ؛ ولأن العتق له تغليب وسراية ، فوجب أن يتعلق بالصفة والزمان ، كالطلاق ، وقد ذكرنا أن الطلاق يتعلق بالصفة ، وقد شرحناها في كتاب الطلاق .

مسألة : قال : (وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من غشيانها والتلذذ بها، وكان نفقتها عليها ، وإن أسلمت حلت له ، فإذا مات عتقت) ، إنما منع من غشيانها ؛ لأن في ذلك ذلة وصغاراً على الإسلام ، ويلزمه نفقتها على التمام ؛ لأن منع الوطء منها بسبب هي طائعة فيه، فلا يسقط النفقة ، كالحيض والمرض، وإذا مات أعتقت ؛ لأنها من أمهات الأولاد ، فعتقت بموته ، كالمسلم .

مسألة : قال : (ولو قال لأمته : أول ولد تلدينه فهو حر ، فولدت اثنين ،

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٨١٩٦) .

أقرع بينهما ، فمن أصابته القرعة عتق إذا أشكل أولهما خروجاً) وذلك لأنه استحق أحدهما لا بعينه ، فوجب إخراجه بالقرعة ، دليله : لو أعتق في المرض عبيده ، ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا قال العبد لرجل : اشتر ني من سيدي بهذا المال ، فأعتقني ، ففعل ، فقد صار حراً ، وعلى المشتري أن يؤدي إلى البائع مثل الذي اشتراه به ، وولاؤه للذي اشتراه ، إلا أن يكون قال له : [انفق][1] بهذا المال ، فيكون الشراء والعتق باطلاً ، ويكون السيد قد أخذ ماله) أما إذا اشتراه بغير المال فالشراء باطل والعتق باطل ، ويكون السيد قد أخذ ماله ؛ لأن الثمن يتعلق بالعقد إذا عين أو عين والثمن الذي وقع العقد عليه ملك للسيد ، وشراء السيد ماله بماله لا يصح ، فلهذا أبطل ، فجرى مجرى رجل غصب من رجل مالاً واشترى منه بعين ذلك المال مؤنًا ، فإن الشراء باطل ، فيعتبر الثمن بالعقد أو ذلك الثمن ملك للسيد ، كذلك هاهنا ، فأما إن كان الشراء في الذمة ونقده المال ، فإن الشراء صحيح ، لأنه اشتراه في ذمته ، وله ذمة صحيحة يصح الشراء فيها ، وينفذ عتقه؛ لأنه صادف ملكه ، ويكون عليه الثمن الذي وقع عليه العقد ، ورد المال الذي دفعه العبد إلى السيد ، لأنه ملك له ، ويكون الولاء للمشتري ؛ لأن العتق من جهته بالشراء ، فلهذا كان له الولاء .

* * *

(١) في مختصر الخرقي : «بعني».

كتاب المدبر

التدبير أن يعلق عتق عبده بوفاته ، فيقول : إذا مات أو مت فأنت حر ، فالتدبير يقع بالوفاة دبر الحياة ، يقال : دابر الرجل يدابر مدابرة فهو مدابر إذا مات، ودبر تدبيراً إذا علق عتق عبده بوفاته ، والأصل في التدبير ما روي عن النبي ﷺ أنه باع مدبراً في الدين[١] .

وعن عائشة - رضي الله عنها - أنها باعت مدبرة سحرتها[٢] ، فدل هذا على أن للتدبير أصلاً في الشريعة .

مسألة : قال : أبو القاسم : (وإذا قال لعبده أو أمته : أنت مدبر ، أو دبرتك ، أو أنت حر بعد موتي ، صار مدبراً ، وله بيعه في الدين) ظاهر كلامه أنه إذا قال : أنت مدبر ، وقد دبرتك ، أنه صريح في التدبير نوى به أو لم ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يكون صريحاً حتى ينوي .

دليلنا : أن هذا اللفظ خاص لهذا الحكم لا يشاركه غيره فيه ، فيجب أن يكون صريحاً فيه ، كما لو قال : أنت حر بعد موتي ، فإنه صريح بلا خلاف .

وقوله : (له بيعه في الدين) ظاهر كلامه أنه لا يجوز بيعه في غير الدين ، وقد أومأ إليه أحمد - رحمه الله - في رواية حنبل، ونقل الميموني وأبوطالب عن أحمد - رحمه الله - جواز البيع في الدين وغيره .

---

(١) علقه البخاري في الأحكام ، ورواه أحمد (٣/ ٣٠٨) بنحوه .

(٢) رواه أحمد (٤/ ٦٠) .

خلافاً لأبي حنيفة في قوله : إذا كان التدبير مقيداً بأن يقول : إن مت من مرضي ، أو من سفري أو خرجي هذا ، فعبدي حر ، ملك التصرف فيه ، وإن كان مطلقاً بأن يقول: إذا مت فأنت حر ، لم يجز التصرف فيه بحال .

وخلافاً لمالك في قوله : لا يجوز بيعه في حال الحياة ، فإذا مات فإن كان عليه دين جاز بيعه ، وإن لم يكن عليه دين وكان يخرج من الثلث عتق ، وإلا عتق منه بقدر الثلث .

والدلالة على جواز بيعه على الإطلاق : ما روى جابر أن رجلًا من الأنصار يقال له ابن مذكور أعتق غلاماً له يقال له يعفور عن دين ولم يكن له مال غيره ، فدعا به رسول الله ﷺ فقال : « من يشتريه » ؟ فاشتراه نعيم بن عبدالنحام بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه ، وقال : « إذا كان أحدكم فقير فليبدأ بنفسه ، فإن كان فيها فضل فعلى عياله ، وإن كان فيها فضل فعلى قرابته ، أو قال : ذي رحمه ، فإن فضل فههنا وهنا » وفي لفظ آخر : « أن رجلاً أعتق غلامًا عن دبر لم يكن له مال غيره ، فأمره رسول الله ﷺ فبيع بسبعمائة أو تسعمائة »[1] فهذا نص في التدبير .

وأيضاً روي عن عائشة – رضي الله عنها– باعت مدبرة لها سحرتها ، وهي قصة طويلة[2] .

ولأنها عطية تتنجز بالموت من الثلث فكان له الرجوع فيها كالوصية ؛ ولأنه عتق بصفة صدر عن قوله فلم يمنع من تصرفه بالبيع وغيره ، كما لو قال : إن

---

(١) رواه أبو داود في العتق (٣٩٥٧) ، والنسائي في البيوع (٤٦٥٣) . قال الألباني : صحيح .
(٢) رواه أبو داود في العتق (٣٩٥٥) . قال الألباني : صحيح .

دخلت الدار فأنت حر ، وإن مات فلان فأنت حر .

وقولنا : « عتق بصفة » احترازاً من المباشرة ، « وصدر عن قول » احترازاً من أم الولد .

ومن أجاز بيعه في الدين لا غير فوجهه : أنه غير مستحق بالموت ، فمنع البيع ، كأم الولد ، ولا يلزم عليه بيعه في الدين ؛ لأن القياس يمنع من جوازه أيضاً على هذه الطريقة ، لكن ترك القياس فيها ؛ لما تقدم من حديث جابر، وذكر فيه أنه لم يكن له مال غيره فباعه ، ولم يرد الأثر في غير ذلك.

مسألة : قال : (ولا تباع المدبرة في إحدى الروايتين ، والأخرى : الأمة كالعبد) ووجه الأولة : أن بيعها يتضمن إباحة فرجها ، وقد اختلف الفقهاء في جواز بيع المدبر ، فلو أجزنا بيعها أبحنا فرجها بأمر مختلف فيه ، فدخلت شبهة ، فكان الاحتياط فيه منع البيع ، ويفارق هذا المدبر أنه لا يتضمن إباحة فرجه ، ولهذا قال أحمد - رحمه الله-: يقع الطلاق في النكاح الفاسد لاختلاف الفقهاء في صحة العقد ، فغلب الحظر فيها ، كذلك هاهنا .

ووجه الثانية : في جوار بيعها : ما روي أن عائشة رضي الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها ، فدل على جواز ذلك ؛ ولأن عتقها مستحق بالتدبير ، فلم يمنع البيع ، دليله : المدبر ، وكل ما لم يمنع بيع الذكر منه لم يمنع بيع الأنثى منه ، دليله : المعتق بصفة .

مسألة : قال : (فإن اشتراه بعد ذلك ، رجع في التدبير) هذه المسألة مبنية على اختلاف قوله في التدبير هل هو وصية أو عتق ؟ فإن قلنا : هو وصية ، لم يعد أبداً؛ لأن الوصية إذا بطلت لا تعود صحيحه ، وإذا قلنا : إنه عتق بصفة ، وعليه بنى الخرقي المسألة فإنه يعود فيبني عليه إذا حلف بعتق عبده ، فقال :

إن دخلت الدار فأنت حر ، فباعه ثم ملكه ، فإن لم توجد الصفة حال زوال ملكه عادت رواية واحدة ، فإن وجدت بعد زوال ملكه [فهل][(١)] تعود أم لا ؟ على روايتين ، وههنا يعود حكم التدبير رواية واحدة ؛ لأن الصفة لم توجد ؛ لأنها توجد بوجود الموت من السيد، ولم يوجد ذلك، فعادت رواية واحدة .

مسألة : قال : (ولو دبره، وقال: قد رجعت في تدبيري . أو قال : قد أبطلته، لم يبطل في إحدى الروايتين ، والأخرى يبطل التدبير) أصل هذا الخلاف يرجع إلى أن التدبير وصية أو عتق بصفة ، وهو على الروايتين ، إحداهما : وصية ؛ لأنه يلزم بالموت ، والثانية : عتق بصفة ؛ لأنه عتق علقه بصفة ، فإن قلنا : له الرجوع فيها بالقول ، كالوصية ، يبين صحة هذا : لما كانت الوصية والتدبير في باب جواز الرجوع في كل واحد منهما سواء وجب أن يكونا فيما رجع به على كل واحد منهما سواء ؛ ولأنه عتق يلزم بالموت ، فكان له الرجوع فيه بالقول كقوله : إذا مت فأعتقوا عني عبدي هذا ؛ ولأنه لو كان عتقًا بصفة لوجب أن يبطل بالموت لقوله لعبده : إذا دخلت الدار فأنت حر ، فلما ثبت أنه لا يبطل بالوفاة ثبت أنه ليس بعتق بصفة ، وإذا قلنا : ليس له الرجوع فيه ، فوجهه : أنه عتق يقع بوجود صفة ، فوجب أن لا يكون الرجوع فيه بالقول ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت حر ؛ ولأن العطية ضربان : عطية حال حياته وبعد موته ، ثم ثبت أن العطية حال الحياة على ضربين ؛ منها ما يصح الرجوع فيها قولاً ، كالهبة قبل القبض ، ومنها ما لا يصح الرجوع فيها قولاً كالعتق بصفة ، كذلك عطيته بعد وفاته يرجع فيها قولاً ، فوجب أن يكون له عطية لا

---

(١) في المخطوط : « فهو » .

يرجع فيها قولاً ، وليس ذلك إلا التدبير ؛ ولأن التدبير أقوى من قوله لعبده : إن دخلت الدار بعد وفاتي فأنت حر ، بدليل : أن التدبير يقع العتق به بنفس الموت ، وإذا قال : إذا دخلت الدار بعد وفاتي فأنت حر ، لا يعتق بنفس الوفاة حتى يدخل الدار بعد الوفاة ، ثم ثبت أنه في الأضعف لا يرجع فيه بالقول فبأن لا يرجع في الأقوى بالقول ، أولى .

مسألة : قال : (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها) معناه : أنه يعتق بعتقها بعد موت السيد ، والمسألة محمولة على أن الواحد حدث بعد التدبير في العتق ، خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد القولين : هو مملوك لا يعتق بالموت .

دليلنا : ما روي عن عمر[1] وابن عمر[2] وجابر[3] أن ولدها بمنزلتها يعتق بعتقها ، ولا يعرف لهم مخالف .

وأيضاً فإن الأم قد استحقت العتاق بموت الولي على الإطلاق ، فوجب أن يكون ولدها بمنزلتها كأم الولد ، أو نقول : أمة تعتق بموت مولاها فيتبعها ولدها في حكمها ، كأم الولد .

مسألة : قال : (وله أن يطأ مدبرته) وذلك لأن عتقها يتعلق بموت السيد ، فلا يمنع من وطئها، كأم الولد .

مسألة : قال : (ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه به إلا بشاهدين عدلين ، أو

---

(١) لم نجده .

(٢) رواه عبد الرزاق (١٦٦٨٢) ، (١٦٦٨٣) ، والبيهقي (١٠/ ٣١٥) .

(٣) رواه البيهقي (١٠/ ٣١٥) ، وابن أبي شيبة (٢١٠٢٠) .

شاهد ويمين العبد) أما إذا أقام شاهدين على التدبير ثبت بلا شبهة ، وإن أقام شاهدًا ويمينًا ، فهل يثبت؟ على روايتين، إحداهما: يثبت ، والثانية : لا يثبت ، وهو قول الشافعي - رحمه الله- وأصل هذه المسألة قد تقدم إذا ادعى العبد العتق أنكره السيد وأقام شاهداً وحلف معه ثبت العتق وحكينا فيه الخلاف ، كذلك هاهنا ؛ لأن التدبير لفظ يزيل ملك السيد عنه فثبت بشاهد ويمين ، كالبيع؛ ولأن الشاهد واليمين يثبت بهما المال، فثبت بهما العتق، كالشاهدين.

ووجه الثانية : أن التدبير عتق ، والعتق ليس بمال ، فلم يثبت بشاهد ويمين ، دليله : القصاص والنكاح والطلاق .

مسألة : قال : (وإذا دبر عبده ومات وله مال غائب ، أو دين في ذمة موسر ، أو معسر ، عتق في التدبير ثلثه ، وكلما اقتضى من مقدار ثبت ذلك حتى يعتق كله من الثلث) إنما لم يعتق جميعه في الحال ؛ لأن التدبير وصية ، والوصية لا تنفذ من الثلث حتى يحصل للوارث مثلاه، ولا يعتق كله، ولكن يعتق منه ثلثه، خلافاً لبعض الشافعية في قوله : لا يعتق منه شيء ؛ لأن الوصية لا تتنجّز حتى يحصل للوارث مثلاه وما حصل .

دليلنا : أنه إن أسلم المالك الغائب عتق كله ، وإن تلف الغائب عتق ثلثه، فالثلث يعتق بكل حال ، فوجب أن يعتق ؛ ولأنه لا يمنع أن يعتق أن يسبق ما يعتبر من الثلث حق الوارث ، ألا ترى أنه لو لم يكن له إلا عبد فأعتقه في مرضه عتق ثلثه في الحال ويأخذ الثلثين الوارث ، وهكذا لو لم يكن له مال إلا عبد فأعتقه في مرضه عتق ثلثه في الحال ، ويأخذ الثلثين الوارث ، وهكذا لو لم يكن له مال إلا دين في ذمة رجل ، فأبرأه في حال مرضه عن كل الدين برئ من الثلث وتأخر الثلثان للوارث ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا دبر قبل البلوغ ، كان تدبيره جائزاً ، إذا كان له عشر سنين فصاعدًا ، وكان يعرف التدبير) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في أحد القولين : لا يصح.

دليلنا: ما روي أن رجلاً أتى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فسأله عن غلام لم يحتلم أوصى لابنة عمه ، فأجاز وصيته [1]. ولا مخالف له ؛ ولأنه محجور عليه لحظ نفسه ، فإذا صحت صلاته صحت وصيته وتدبيره ، دليله : المحجور عليه لسفه ، ولا يدخل عليه المجنون والطفل الذي لا تمييز له ؛ لأن صلاته لا تصح ؛ ولأن الصبي إنما لم ينفذ ترفه في ماله وحجر عليه فيه احتياطاً له وحفظاً لماله لكي لا يضيع ويبذره في غير وجهه ، لا يملك التصرف في العادة ، وهذا المعنى يقتضي جواز التدبير ، والوصية ؛ لأن المصلي في ذلك منه ؛ لأنه إن عاش أمكنه الرجوع فيه ، وإن مات حصل له الثواب بذلك ، وهو أنفع من حصوله لورثته ، فنفذ تصرفه .

مسألة : قال : (وما قلته في الرجل فمثله في المرأة إذا صار لها سبع سنين فصاعداً) وذلك لأنها بلغت حداً تصح فيه صلاتها ، فيصح تدبيرها كالرجل .

مسألة : قال : (وإذا ما قتل المدبر سيده بطل تدبيره) وهذه المسألة مبنية على الوصية للقاتل ، هل تصح أم لا ؟ فإن قلنا : تصح ، لم يبطل التدبير ، وهو اختيار الخرقي ، واختلاف الفقهاء في هذا كاختلافهم في الوصية للقاتل ، ومذهب أبي حنيفة لا يصح ، وللشافعي - رحمه الله - قولان .

والدلالة على أنها تبطل : أن التدبير لا يخلو : إما أن يكون وصية أو عتقاً

---

(١) رواه مالك في الموطأ (٢/ ٧٦٢) ، وعبد الرزاق (١٦٤١١) ، والبيهقي (٦/ ٢٨٢) .

بصفة ، فإن كان وصية فالوصية لم تبطل بالموت عندنا وعندهم على أحد القولين ، وإن كان عتقاً بصفة فالصفة لم توجد ؛ لأنه علق عتقه بموته حتف أنفه ؛ لأن التدبير صلة ووصية ، ومعلوم أن الإنسان لا يصل قاتله ، ولا يوصي له ، بل يجتهد في هلاكه ، وإذا كان هذا مضمون قوله فيمن قتله لم توجد الصفة التي علق التدبير بها ، فلم يتعلق الحكم به ؛ ولأن المدبر متهم في ذلك خوفاً أن يكون قتله ليتعجل العتق ، يبين صحة هذا : أن [مدبرة] عائشة - عليها السلام - سحرتها، فقالت : أردت أن أتعجل العتق ، فباعتها عائشة - رضي الله عنها-[1] ، فثبت أنه قد يكون متهماً في ذلك، وإن كان متهماً فيه خوفاً أن يتعجل ذلك حرمه ، كذلك هاهنا ، ولا يلزم عليه أم الولد أنها تعتق وإن قتلت سيدها؛ لأن سبب الحرية قد استقر فيها بحيث لا يملك السيد فسخه وتصرفه فيها ناقص ، والمدبر بخلاف ذلك .

* * *

(١) سبق تخريجه .

كتاب المُكاتب

الكتابة مشتقة من الكتب ، والكتب هو الضم والجمع ، ويقال : كتبت البغلة إذا ضممت أحد شفريها إلى الآخر بحلقة أو سير ، ويقال : كتبت القربة إذا ضممت فاها بعضه إلى بعض فتوكى عليه ، ولهذا قيل في الجيش والناس المجتمعين : كتيبة، فالكتابة مشتقة من هذا ؛ لأنه ضم أجل إلى أجل ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] . فأمر بالكتابة .

وأيضاً روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : «المكاتب قن ما بقي عليه درهم »[١] .

وروى سهل بن حنيف أن النبي ﷺ قال : «من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله »[٢] .

وروت أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إذا كان لأحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب عنه»[٣] وهذه أخبار تدل جواز الكتابة .

مسألة : قال : أبو القاسم : (إذا كاتب عبده أو أمته على أنجم ، فأديت الكتابة ، فقد صار حراً ، وولاؤه لمكاتبه) .

---

(١) رواه أبو داود في العتق (٣٩٢٦) . قال الألباني : حسن .

(٢) رواه أحمد (٣/ ٤٨٧) ، وإسناده ضعيف .

(٣) رواه أبو داود في العتق (٣٩٢٨) . قال الألباني : ضعيف .

أما قوله : « إذا كانت على أنجم » ظاهره أن الأجل شرط في صحة الكتابة ، وهو المذهب ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : « يصح حالّة ومؤجلة » .

دليلنا : إجماع الصحابة ، روي أن القوم كاتبوا عبيدهم ، وكاتب بعضهم على عشرة نجوم ، وبعضهم على ثمانية ، وأقل من كاتب على نجمين . وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال لعبد له : والله لأعاقبنك ، ولأكاتبنك على نجمين[1] . ومنه دليلان ، أحدهما : اتفاقهم على الأجل ، فلولا أنه شرط ما اتفقت هممهم وتوفرت دواعيهم مع اختلاف آرائهم على الأجل في الكتابة ، فلما لم يوجد منهم تركه ثبت أنه إجماع منهم عليه ، ألا ترى أن المبيع لم يكن الأجل شرطاً : منهم من فعله ، ومنهم من تركه ، فلما لم يتركوه دل على أنه شرط .

والثاني: أن عثمان رضي الله عنه قصد التضييق على عبد قبض على نجمين، ولو جاز أقل من هذا لعاقبه بما هو دونه ، ثبت أنه كان معتقداً أن النجمين أقل أجل تعقد الكتابة بهما ؛ ولأنه عقد يلحقه الفسخ من شرطه ذكر البدل ، فإذا عقد على ما استقر عدمه عند أول المطالبة كان باطلاً، دليله : إذا سلم في شيء من الفواكه وجعل المحل وقتاً لا يوجد ذلك الشيء فيه، فأما عدم المعقود عليه في الكتابة أن تعتبر عدمه من أول وقت المطالبة ، وهو أن الكتابة إذا كانت حالة فإطلاقها يقتضي توجه المالية على العبد بالمال عقيب الفراغ من العقد ، وهو في ذلك الوقت لا يملك شيئاً ، وإنما يحصل له المال في التالي بعدم ملكه للمال في أول وقت المطالبة متيقن يبطل العقد ، ولا يدخل عليه نكاح

---

(١) رواه البيهقي بنحوه (١٠/ ٣٢٠) .

الحر المعسر ؛ لأنا قلنا : عقد يلحقه الفسخ من شرطه ذكر المال ، والنكاح لا يشترط فيه ذكر المال ، ولا يدخل عليه إذا باع عبده من نفسه ؛ لأن ذلك العقد لا يدخله الفسخ ؛ لأن العتق يتنجز ، ولا يفسخ بعد ذلك ، ولا يدخل عليه إذا باع شيئًا من معسر أنه لا يتيقن عدم المال ؛ لجواز أن يكون له مال في الباطن لا يعلم به ، والعبد مقطوع على أنه لا مال له ؛ لأنه لا يملك شيئاً ، ولأنه عقد على صفة يتعذر معها حصول المقصود بها غالباً ، فكان باطلاً ، كما لو باع طائراً في الهواء ، أو سمكاً في البحر ، وبيان هذا : أن المقصود غالباً أنه لا يمكن المكاتب أداء مال الكتابة إلا بأن يكتسب ويتحمل في تحصيله ، وذلك إنما يكون بعد العقد في يده يمكن من اكتساب المال فيهما ، فأما إذا عقد حالًا فإن المطالبة تتوجه عليه عقيب العقد ، فلا يتمكن من تحصيل المال وأدائه ، فيتعذر حصول المقصود به في الغالب ، فيبطل العقد ، ولا يدخل على هذا إذا باع شيئاً من معسر ؛ لأن المعسر قد يكون له مال في الباطن لا يعلم به ، والظاهر أنه لا يباع ذلك ألا وهو متمكن من ثمنه ، ولا يدخل عليه إذا كاتبه على مال عظيم إلى يومين ؛ لأنه يمكنه أن يقترض ويستوهب في يومين فيحصل المال ، وفي الكتابة الحالة تتوجه المطالبة عقيب العقد ، ولا يمكن تحصيل المال في تلك الحال في الغالب .

وقوله : « وأديت الكتابة فقد صار حراً » ظاهره أن الحرية تقع سواء نوى الحرية أو لم ينو ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله : لا يعتق بالأداء حتى يقول : إذا أديت فأنت حر ، وينوي الحرية .

دليلنا : إنه لما كان قوله : « أنت مدبر ، ودبرتك » صريحاً في التدبير، كذلك الكتابة ؛ ولأن الكتابة تتضمن الحرية بالأداء ، كالبيع والإجارة ، والخلع

يتضمن ما تحته من بذل العين والمنافع والبضع ، فكما لا يحتاج شرط الملك فيما ذكرنا ، كذلك لا يحتاج إلى شرط الحرية في الكتابة .

وقوله : « وولاؤه لمكاتبه » ؛ لأن الكتابة في التحقيق عتق معلق بشرط ، فإذا عتق بوجود الشرط فإن الولاء للسيد ، كما لو قال : أنت حر إن دخلت الدار ، فدخلها ؛ ولأنه منعم عليه بالعتق ؛ لأن المال الذي اكتسبه في حال الكتابة على حكم ملكه ، وقد أنعم عليه بالكتابة ، ومكنه من كسبه ، فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه .

مسألة : قال : (ويعطى مما كوتب عليه الربع) خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهما : الإيتاء غير واجب ، وخلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : هو غير مقدر ، وهو ما يقع عليه الاسم قليلاً كان أو كثيراً .

والدلالة على أبي حنيفة ومالك : قوله عز وجل : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ [النور: ٣٣] . فأمر الله السادة بمكاتبة عبيدهم ، وأن تؤتوهم من مال الله الكتابة ، فاقتضى ظاهر وجوب الأمر أن وجوب الكتابة ترك بدليل ، وبقي وجوب الإيتاء على ظاهره ؛ ولأن الكتابة إزالة ملك بصفة، فجاز أن يوجب للمزيل على المزال عنه مال يوجد كالطلاق، ويجب على الزوج بإزالة الملك به مال وهو المنفعة إذا كان الطلاق قبل الدخول أو لم يكن هناك مهر مسمى ، كذلك جاز أن يجب على السيد بإزالة ملكه عن العبد بالعتق مال وجد ، وليس كذلك إلا إيتاء الذي يوجبه ، يبين صحة هذا : أن إزالة الملك بالصفة إنما يكون بشيئين : عتق وطلاق ، فكما وجب إزالة الملك بالطلاق مال بوجه ، جاز أن يجب عليه إذا أزاله العتق ؛

ولأن العتق أحد المكاتبين ، فجاز أن يستحق على صاحبه شيئًا سوى المشروط في العقد وهو الولاء ، كذلك العبد وجب أن يستحق الإيتاء ، يؤكد صحة هذا : أن عقود المعاوضات مبنية على تساوي حال المتعاقدين فيها ، فلما كان السيد يستحق على عبده بإطلاق العقد على المشروط ، وهو ما ذكرنا من الولاء ، كذلك يجب أن يستحق العبد غير المشروط ، وليس إلا الإيتاء .

وقولنا : « ممن ينفك العقد عنه غالباً » احترازاً من الكسب والأولاد ؛ لأن الكسب يكون له ، والأولاد يتبعونه ؛ لأن ذلك لا ينفك العقد منه غالباً ، ولو لم يذكر هذا قالوا : يوجب العلة في هذا الموضع .

والدلالة على الشافعي - رحمه الله- : ما روى أبوبكر بن جعفر من أصحابنا بإسناده عن علي أن النبي ﷺ قال : في قوله : ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] . قال : دفع المكاتبة[1] . وروي ذلك موقوفاً عن علي - عليه السلام- [2] أنه دفع مال المكاتبة ، وفيه دلالة من وجهين :

أحدهما : النص على الربع .

والثاني : من جهة التفسير للآية ، ولأنه أحد المكاتبين ، فوجب أن يكون ما يستحقه من المال معلوماً كالسيد ، ولأنه عوض في عقد معاوضة يفسد بفساده العوض ، فكان مقدرًا ، دليله : العوض في البيع والإجارة ، ولا يلزم عليه

---

(١) رواه النسائي في الكبرى (٥٠٣٤ ، ٥٠٣٥) ، وعبد الرزاق (١٥٥٨٩) ، والبيهقي (١٠/ ٣٢٨ -٣٢٩) .

(٢) رواه النسائي في الكبرى (٥٠٣٧ ، ٥٠٣٨) ، وعبد الرزاق (١٥٥٩٠ ، ١٥٥٩١) ، والبيهقي (٣٢٩/١٠) .

المتعة في عقد النكاح ؛ لأن النكاح لا يفسد بفساد العوض ، فكان مقدراً ، وعلى أن المتعة مقدرة عندنا بما يجوز لها أن تصلي فيها .

مسألة : قال : (وإن عجلت الكتابة قبل محلها ، لزم السيد الأخذ ، وعتق من وقته في إحدى الروايتين عن أبي عبدالله ، والرواية الأخرى : إذا ملك ما يؤدي فقد صار حرًّا) .

أما قوله : « لزم السيد الأخذ » فقد أطلق القول فيه ، وهذا ينظر فيه ، فإن كان شيئاً يفسد بطول المكث كالرطب والعنب لم يلزم قبوله ؛ لأن له عوضاً في قبضه حين محله ، فإن قبضه قبل ذلك فات غرضه ، وإن كان مما لا يفسد بطول المكث ، فإن كان في حفظه مؤونة ، كالطعام والقطن ونحو ذلك لم يلزمه قبوله أيضاً ؛ لأن عليه في حفظه مؤونة إلى ذلك الوقت ، وإن كان شيئاً لا يخشى فساده ولا مؤونة في حفظه كالرصاص والنحاس والثمار في البلدان المأمونة جاز التعجيل فعجله له لزمه قبوله ، فإن فعل وإلا قبضه الإمام وجعله في بيت المال وحكم بعتق العبد .

وقال أبوبكر بن جعفر من أصحابنا عن أحمد - رحمه الله - رواية أخرى : لا يلزمه قبوله إلا عند نجومه .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه أن امرأة اشترته من سوق ذي المجاز وقدمت به مكة ، فكاتبته على أربعين ألفاً ، فأدى عامة المال ، ثم أتاها فقالت : لا والله حتى تأتي به سنة بعد سنة ، وشهراً بعد شهر، فخرج يعني بالمال إلى عثمان - رضي الله عنه - فأخبره بذلك ، فقال له : ضعه في بيت المال ، وقال لها : قد عتق العبد منك ، فإن اخترت أخذه شهراً

بعد شهر وسنة بعد سنة فافعلي ، فأرسلت فأخذت المال[١] ؛ ولأن الأجل حق لمن عليه الدين ، فإذا قدمه لغير ضرر على غيره كان له ، فإذا تقرر هذا الأصل في إجبار السيد على قبض مال السيد قبل محله فهل يجبر على قبضه والمكاتب على حكم الرق لم يحكم بحريته أم قد حكم بحريته بنفس ملك مال الكتابة ؟ على روايتين ، إحداهما : يجبر عليه ، وهو على حكم الرق ، ووجهه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : «المكاتب قن ما بقي عليه درهم » ، وبهذا الإسناد أن النبي ﷺ قال : « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد » ، فظاهر هذا أنه عبد بعدم الأداء سواء كان في ملكه وفاء مال الكتابة ؛ ولأنه عتق معلق بأداء مال ، فلم يقع قبل الأداء . دليله : لو قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت حر ، فإنه يعتق بالأداء سواء كان واجدًا للألف أو لم يكن .

ووجه الرواية الأخرى وأنه عتق : ما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « إذا كان عند مكاتب إحداكن وفاء فلتحتجب عنه »[٢]. وفي لفظ آخر : « فألقين الحجاب »[٣]. فلولا أنه قد عتق بذلك لم يأمرهن بضرب الحجاب ؛ لأنه يحصل حراً أجنبياً ؛ ولأنه مالك لوفاء مال الكتابة ، فوجب أن يعتق قياساً عليه لو أداه .

مسألة : قال : (وإذا أدى بعض كتابته ومات وفي يده وفاء وفضل ، فهو لسيده في إحدى الروايتين، والأخرى: لسيده بقية كتابته ، والباقي لورثته)

---

(١) لم أجده مسندًا .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

ووجه الأولة: وهو قول الشافعي - رحمه الله -: أنه عتق معلق بوفاء مطلق، فوجب أن ينقطع بالموت ، دليله : إذا قال : إن أديت ألفاً فأنت حر ، وإن دخلت الدار فأنت حر ، وقولنا : « مطلق » احترازاً منه إذا قال : إن دخلت الدار بعد وفاتي فأنت حر ؛ ولأنه مات قبل أن يؤدي مال الكتابة ، فوجب أن ينفسخ بموته ، كما لو لم يخلف وفاء ؛ ولأن البذل للكتابة في مقابلة رقبة المكاتب ، بدليل : أنه لو أعتق في كتابة فاسدة كان عليه قيمة الرقبة ، فإذا كان البدل في مقابله الرقبة كانت رقبته في يديه بمنزلة المبيع في يد البائع ، كذلك هاهنا .

ووجه الثانية : وهو قول أبي حنيفة : أنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو السيد ، فلم تنفسخ بموت الآخر كالبيع، ولأنه أحد من تمت الكتابة به ، فأشبه السيد ؛ لأن مال الكتابة معلق بذمته ، فوجب أن يتعلق بتركته ، كدين الحر .

مسألة : قال : (وإذا مات السيد كان العبد على كتابته ، وما أدى فبين ورثة سيده مقسوماً كالميراث ، وولاؤه لسيده [فإن عجز]فهو عبد لسائر الورثة) ؛ وذلك لأن عقد الكتابة عقد لازم من جهة السيد ، ألا ترى أنه لا سبيل له إلى فسخه ، فلهذا لم يبطل بموته على الروايتين ؛ لأن الكتابة جائزة من جهته ، ألا ترى أنه له الانقطاع من أداء المال مع القدرة عليه ، فإذا امتنع كان السيد بالخيار بين البقاء على الكتابة وبين الفسخ ، فلهذا بطلت بموته ؛ ولأن الذي يتعلق به العتق من جهة السيد قوله : إذا أديت فأنت حر ، وهذا لا يبطل بوفاته ، والذي يتعلق به العتق من جهة المكاتب وجود الأداء منه ، وهذا يبطل بوفاته ، ويستحيل منه بعد وفاته ، فلهذا بطل بوفاته ولم يبطل بوفاة السيد ، وإذا ثبت أن الكتابة لا تبطل بموته فما يؤديه بين ورثة سيده مقسوماً ، كالميراث ؛ لأنه دين ،

كالميت ، فكان ميراثًا كسائر الديون .

وقوله : (ويكون ولاؤه لسيده) يعني ولاؤه لسيده دون ورثته ؛ لأنا قد ذكرنا في كتاب الفرائض أن الولاء لا يورث وهو باق للمعتق أبداً ، وإنما يرث عصبة الولي المولى ، إلا أنهم يرثون عنه نفس الولاء، وحكينا خلاف شريح في ذلك فإنه قال : الولاء يورث ، ولو كان يورث لاشترك فيه الرجال والنساء ، والقريب والبعيد ، ولا يقول هذا ولو خلف أخاً واحدًا كان الولاء للأخ دون الأخت ، وإنما كان ولاؤه لسيده ؛ لأنه منعم عليه بالعتق ، فكان الولاء له ، دليله : لو باشر عتقه .

وقوله : (فإن عجز فهو كسائر الورثة) وذلك لقوله : « المكاتب قن ما بقي عليه درهم » فإذا ثبت أنه عبد كان لورثته ؛ لأنه مال من أمواله ، ولأنه عجز عن الأداء إلى من يجب عليه الأداء ، فكان عبداً لهم ، كما لو عجز عن الأداء إلى سيده .

مسألة : قال : (ولا يمنع المكاتب من السفر) خلافاً للشافعي - رحمه الله - في أحد القولين : لا يسافر إلا بإذن الولي .

دليلنا : أن المكاتب في يد نفسه ، فأشبه الحر، يبين صحة هذا : أنه خارج من يد المولى ومتصرف لنفسه وعلى نفسه، ولا سبيل للمولى عليه وعلى ما في يده، فهو كالحر؛ ولأن المكاتب لا يمنع من الاكتساب ومعظم الاكتساب في السفر.

مسألة : قال : (وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده) وذلك لما روي عن النبي ﷺ قال: « أيما عبد نكح بغير إذن وليه فهو عاهر»[1]. ولأن على السيد ضرر ؛

---

(١) رواه أبوداود بنحوه في النكاح (٢٠٧٨)، والترمذي في النكاح (١١١١). قال الألباني: حسن.

ولأنه تصرف في كسبه في نفقة زوجته ، فإن عجز عاد إليه عبداً قنًّا وله زوجة تقل قيمته ، فلهذا لم يكن له ، فإذا أذن[1] سيده فهو عاهر ، دليله : إذا نكح بإذنه فليس بعاهر ، ولأن المنع لحق سيده ، فإذا رضي بذلك جاز .

مسألة : قال : (ولا يبيعه سيده درهماً بدرهمين)، وذلك لأن بينهما ما يمنع من الجناية عليه، فلا يجوز أن يبيعه درهماً بدرهمين ، كالأجنبيين، يبين صحة هذا: أنه لا يملك انتزاعه منه ولا التصرف فيه .

مسألة : قال : (وليس له أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط ذلك ، فإن وطئ ولم يشترط أدب ، وكان عليه مهر مثلها ، فإن علقت منه فهي مخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضي على الكتابة ، فإن أدت عتقت ، وإن عجزت عتقت بموته ، فإن [مات] قبل عجزها عتقت ؛ لأنها من أمهات الأولاد ، وسقط عنها ما بقي من كتابتها ، وما بقي في يدها لورثة سيدها) فأما إذا لم يشترط فإنه محرم عليه وطؤها بنفس العقد ؛ لأنه وإن كان هناك ملك فقد وهى وضعف وصار ناقص الملك في صفتها ، فلهذا حرم عليه وطؤها ؛ ولأن السيد يملك في أمته منفعتين استمتاعًا واستخدامًا ، فلما حرم عليه الاستخدام بالعقد حرم عليه الاستمتاع ؛ لأن العقد إذا كان على الرقبة إذا منع أحدهما منع الآخر ، فأما إذا شرط في العقد الوطء جاز له وطؤها ، خلافاً لأكثرهم في قولهم : هذا شرط باطل ، ولا يجوز له الوطء .

دليلنا : قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ، وقوله ﷺ : « المؤمنون

---

(١) هكذا في المخطوط ، ولعل صحتها : فإذ لم يأذن له سيده فهو عاهر .

عند شروطهم »[1]، ولأن الملك باق على المكاتبة، بدليل أنه يجوز بيعها على أصلنا، وعلى قولهم: لو كان السيد قد زوج ابنته من مكاتبه ومات لانفسخ النكاح لانتقال الملك إليها، فدل على أن الملك فيها باق، وإنما منع من وطئها لعدم الشرط؛ لأنه يمنعها بالوطء عن التصرف والاكتساب، فإذا شرطت له ذلك فقد رضيت بإسقاط حقها، فجاز كالراهن يمنع من وطء الأمة المرهونة لحق المرتهن خوفاً أن تحبل منه فيتلف الرهن، فلو أذن المرتهن للراهن بالوطء جاز له الوطء؛ لأنه أسقط حقه وملك الراهن باق، فإن وطئها بغير شرط أدب إذا كان عالماً بالتحريم؛ لأنه وطء محرم، فهو كما لو وطئ أمة بين شريكين، ويكون عليه مهر مثلها؛ لأن المهر كسبها، واكتسابها لها، كذلك مهرها، فإن علقت منه فالولد حر؛ لأنه وإن كان محولاً بينه وبينها فهناك ملك وإن كان ضعيفاً فقد علقت تحرم سيدها، ويكون عقد الكتابة باقياً؛ لأن الكتابة عتق بصفة، وهذا لا يمنع من كونها أم ولد؛ لأن عتقها معلق بصفة، وإذا ثبت أنها أم ولد فإن أدت عتقت بالأداء وزالت الكتابة وما بقي في يدها لها، وإن عجزت زال عقد الكتابة، وصارت أم ولد يجوز له وطؤها بكل حال، [وما][2] في يده ماله؛ لأن المكاتب إذا عجز رق وما كان في يده لسيده، كذلك هاهنا قد عجزت وزال عقد الكتابة، فوجب أن يكون ما في يدها له، فإن مات سيدها قبل الأداء وقبل العجز عتقت بموته وزالت الكتابة، كما لو باشر عتقها، ويكون ما في يدها لها، كما لو أعتقها في حياته كان لها ما في يدها، كذلك إذا عتقت بوفاته.

---

(١) علقه البخاري في الإجارة. ورواه أبو داود في الأقضية (٣٥٩٤) بنحوه.

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من المحقق يقتضيها سياق الكلام.

مسألة : قال : (وإذا كاتب نصف عبد ، فأدى ما كوتب عليه ، ومثله لسيده ، صار نصفه حراً بالكتابة إذا كان الذي كاتبه معسراً ، وإن كان موسرًا عتق كله ، وكان نصف قيمته على الذي كاتب شريكه) ظاهر كلامه أن الكتابة صحيحة سواء كاتبه بإذن شريكه أو بغير إذنه ، خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : يجوز ذلك بإذن شريكه ، ومنعه إذا كان بغير إذنه .

دليلنا : أنه عقد معاوضة على نصيبه ، فأشبه البيع ، وإذا ثبت أنها صحيحة فمتى أدى إليه ومثله إلى سيده عتق بصفة بالأداء وسرى العتق إلى نصيب شريكه إذا كان موسراً ؛ لأن نصيب نفسه عتق لسبب كان منه ، ونصيب شريكه قد سرى العتق إليه، ويرجع الشريك على السيد الذي كاتب نصيبه بقيمة نصيبه، وإن كان معسراً لم يسر العتق إلى نصيب شريكه ، كما لو واجهه بالعتق فإنه يعتق قدر حصته ، وإنما يعتق حصة شريكه إذا كان موسراً ، أو حصته فقط إذا كان معسراً إذا كان الأداء إليه وإلى شريكه بقدر حصته ، وأما إن أدى جميع كسبه إلى سيده الذي كاتب نصفه ، وكان قدر مال الكتابة فظاهر كلام الخرقي أنه لا يعتق بالأداء قال : « وأدى ما كوتب عليه ومثله لسيده عتق » ، وذلك أنه علق عتقه بالأداء ، والأداء هو ما يملكه السيد وتبرأ ذمة العبد به ، وما وجد هذا المعنى؛ لأن اكتسابه بينهما على قدر الملك ، فلهذا لم يعتق .

مسألة : قال : (وإذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولاً ثم زكاه إن كان منصبًا مستحقًا للزكاة) ، وذلك لأنه بالعتق استقر ملكه على ما في يده ، وقبل العتق لم يكن ملكه مستقر إلا أنه كان يعرض لمن يعجز فيرجع إلى السيد، أو يؤدي فيكون ملكًا له ، فلما أعتق استقر ملكه ، فلهذا استقبل به حولًا .

مسألة : قال : (وإذا لم يؤد حتى حل آخر عجزه السيد إن أحب وعاد عبدًا

غير مكاتب) ظاهر كلامه أنه لا يعجز بأول نجمه ، وإنما يعجز بنجمين ، وبه قال أبوبكر بن جعفر فقال : ويبين عجزه إذا ترادف عليه نجمان ولم يؤدهما ، خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : يعجز بنجم واحد .

دليلنا : أنه تعذر الأداء بأقل نجم لا يوجب العجز ؛ لأنه قد يتعذر ذلك تعذراً ظاهراً وهو أن يكون له مال غائب يتراجّه أو غلة يرجوا بلوغها ونحو ذلك ، فلو قلنا : يعجز بأول نجم أدى إلى أنه يحتاج أن يكون المكاتب [لا] مال معه فيؤدي ذلك إلى تعجيزه جميعهم ؛ لأن في الغالب أنه لا يتمكن من الأداء عند حلول النجم ، فإذا لم يكن بد من التأخير وذلك والانتظار كان اعتبار ذلك بنجم ثان أولى ، فإن أداه وإلا تبينا عجزه وتفريطه في ذلك .

مسألة : قال : (وما قبض من نجوم الكتابة استقبل بزكاته حولًا) ؛ وذلك لأنه بالقبض استقر ملك السيد عليه ؛ لأنه قبل القبض لم يكن ملكه مستقرًا عليه ، ألا ترى أنه لم يكن مالكاً للتصرف فيه ، ولا أخذه من يده ، فلما قبضه استقر ملكه فكان عليه كالزكاة .

مسألة : قال : (وإذا جنى المكاتب بدئ بجنايته قبل كتابته ، فإن عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته إن كانت أقل من جنايته ، أو يسلمه) إنما قال : يبدأ بجنايته قبل كتابته ؛ لأن مال الكتابة جائز ، بدليل : أنه لا يجب عليه أداؤه ، ولا يصح ضمانه، والجناية ثابتة مستقرة ، بدليل: أنه تجب عليه ويصح ضمانها ، وإذا كانت الجناية أثبت وأوكد قدمنا القوي على الضعيف ، ولأن في تقديم الجناية حفظًا لها ولحق السيد؛ لأنا إذا قدمنا الأرش وفضل شيء كان [للسيد][1] ،

---

(١) في المخطوط : « السيد » .

وإن لم يفضل رجع السيد عن حال الكتابة إلى رقبة العبد ، وفي تقديم السيد متى لم يفضل شيء إسقاط حق المجني عليه أو تأخره فكان حفظ الحقين أولى من تضييع أحدهما ، فإن عجز المكاتب عن الأرش ، وعن مال الكتابة كان السيد بالخيار بين أن يفديه وبين أن يسلمه إلى المجني عليه ، فإن سلمه لم يلزمه أكثر من ذلك ، فإن فداه فبكم يفديه ؟ على روايتين ، إحداهما : بقيمته بالغاً ما بلغ ؛ لأنه قد يرغب فيه راغب فيشتريه .

والثانية : يلزمه أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية ؛ لأن الحق برقبته ، فلم يلزمه زيادة على ذلك .

مسألة : قال : (وإذا كاتبه ثم دبره ، فإن أدى صار حراً ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن حمل الثلث ما بقي عليه من الكتابة ، وإلا عتق منه بمقدار الثلث ، وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق ، وكان على كتابته فيما بقي) إنما صح التدبير بعد عقد الكتابة ؛ لأن التدبير عتق بصفة ، ولما صح أن يباشر المكاتب بالعتق صح أن يعلق عتقه بصفة ، فيكون العبد مكاتبًا ، فإن أدى في حال الحياة عتق وبطل التدبير ، وإن مات السيد كان من الثلث ، فإن خرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، وبطل عنه بقدر دين مال الكتابة ، وكان الباقي مكاتباً يؤدي ويعتق ؛ لأن الكتابة لا تنفسخ بموت السيد .

مسألة : قال : (وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً) وذلك لأنه تأدية مال ، وتأدية المال يثبت بشاهد واليمين ، ولأنه إيفاء مال ، وإذا دبر ثبت بذلك كسائر الديون .

مسألة : قال : (ولايكفر المكاتب بغير الصوم) وذلك لأن له عن المال غنى وهو أن ينتقل عنه إلى الصيام ، وليس له إخراج المال الذي في يديه بغير بدل ؛

ولأن الصيام حق على البدن ، فكان العبد والحر فيه سواء .

مسألة : قال : (وولد المكاتبة الذين ولدتهم في الكتابة يعتقون بعتقها) معنى هذه المسألة في الولد إذا أتت به من غير السيد، مثل أن تأتي به من زوج أو زنى، فأما إن أتت به من السيد فقد تقدم الكلام عليه ، وذكرنا أن الولد حر ، وأنها تصير أم ولده ، والمسألة هاهنا إذا كان من غير السيد فإن الولد مملوك ؛ لأن ولد المملوكة من زوج أو زنى مملوك ، ولا يكون مكاتباً معها ؛ لأن الكتابة عقد معاوضة ، فلا يسري إلى الولد ؛ لأنه يفتقر إلى إيجاب وقبول ، ولكن يكون موقوفاً معها يعتق بعتقها ، خلافاً للشافعي - رحمه الله- في أحد القولين : هو عبد قن .

دليلنا : أن الولد يتبع أمه في الحرية وسبب الحرية ، فالحرة يتبعها ولدها ، وسبب الحرية يتبعها أيضاً ، وهو ولد أم الولد ، فلا يثبت لهذه المكاتبة سبب الحرية ثبت لولدها أيضاً ، وإنما قيل : الولد يتبع أمه في العتق والرق ، وسبب العتق في أم الولد يسري إلى ولدها ، كذلك ههنا سبب العتق الكتابة ، فيجب أن يثبت ذلك لولدها .

مسألة : قال : (ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب ، فإذا أدى صار حرًا ، فولاؤه لمشتريه) خلافًا لأكثرهم في قولهم: لا يجوز بيع المكاتب.

دليلنا : ما روى أبوداود بإسناده عن عائشة - رضي الله عنها- أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ولم تكن قبضت من كتابتها شيئاً ، فقالت عائشة - رضي الله عنها- : ارجعي إلى أهلك ، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت ، فقلت فذكرت بريرة لأهلها ، فأبوا وقالوا : إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ، ويكون ولاؤك لنا ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لها رسول الله

ﷺ : « ابتاعي وأعتقي ، فإنما الولاء لمن أعتق » ثم قام رسول الله ﷺ : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، فمن شرط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة شرط ، الله أحق »[1] وهذا نص في جواز بيع رقبة المكاتب ؛ لأن بريرة لم تكن عاجزة ، وقد أجاز النبي ﷺ بيعها ، ألا ترى أن في الخبر : جاءت تستعين بها في كتابتها ، فلو كان عقد الكتابة قد انفسخ لم يكن لاستعانتها فائدة ؛ ولأن عائشة - رضي الله عنها - قالت: ارجعي إلى أهلك ، فإن أحبوا إن أقضي عنك كتابتك ويكون الولاء لي . فقد بينت عائشة - رضي الله عنها - أن الكتابة باقية ، وأنها لم تقض عنها مال الكتابة ؛ ولأن المكاتب في عامة أحكامه كالعبد القن ، بدليل : أنه ليس من أهل الولايات والشهادات ، ولا من أهل العبادات والميراث ، وفي الحدود والتصرف في ماله بغير عوض ، فإذا كان في عامة أحكامه كالعبد وجب أن يكون بيعه إذا لم يكن سبب الحرية مستقرًا ، ولا يلزم عليه أم الولد ؛ لأن هذه الأحكام موجودة فيها ، فلا يجوز بيعها ؛ لأن سبب الحرية مستقر فيها بحيث لا يمكن فسخه ؛ ولأن الكتابة تعليق عتق بصفة في حال الحياة ، فلم تمنع بيعه ، دليله : لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ، وإن جئتني بمال فأنت حر ، ولا يلزم عليه أم الولد ؛ لأن عتقها بصفة وهو بعد الموت، أو نقول : لأنه عتق بصفة صدر عن قول فلم يمنع البيع، دليله: ما ذكرنا ، ولا يلزم عليه أم الولد ؛ لأن عتقها بصفة وهو بعد الموت ، ولا يلزم عليه العتق المباشر؛ لقولنا: «بصفة»، ولا أم الولد ؛ لقولنا: «صدر عن قول» .

وقوله : (ومشتريه يقوم مقامه) معناه أن البيع لم يفسخ عقد الكتابة ؛ لأن عقد

---

(١) رواه أبو داود في العتق (٣٩٢٩) . وهو في الصحيحين بنحوه .

الكتابة لازم من جهة السيد ، فلو قلنا : إن البيع يفسخ الكتابة جعلناه جائزًا من جهة السيد ، وهذا كما نقول في عقد الإجارة : هو لازم ، فلو باع الرقبة المؤجرة صح البيع ، ولم يفسخ عقد الإجارة ، بل كان في يد المبتاع على الإجارة ، كذلك هاهنا .

وقوله : (وإذا أدى صار حراً فولاؤه لمشتريه) يعني أنه لا يكون للبائع ، وذلك لما ذكرنا من حديث بريرة حيث جعل الولاء لعائشة - رضي الله عنها- دون مواليها؛ ولأنه عتق حصل من جهة المشتري ؛ لأن العتق إنما يحصل بالأداء ، والأداء كان إليه ، فلهذا كان الولاء له .

مسألة : قال : (فإن لم يعلم المشتري أنه مكاتب كان مخيراً بين أن يرجع بالثمن أو يأخذ ما بينه سليماً ومكاتباً) وذلك لأنه إذا كان مكاتباً نقصت قيمته ؛ لأنه معرض لزوال ملكه عنه بالأداء ، فجرى مجرى العيب في البيع أن المبتاع بالخيار بين أخذ الأرش والرد ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (وإذا ملك المكاتب أباه ، أو ذا رحم محرم عليه نكاحه ، لم يعتق حتى يؤدي وهو في ملكه ، فإن عجز فهم عبيد للسيد) معنى هذا الكلام أن شراءه صحيح بغير إذن السيد ، ويكون موقوفاً معه ،فإذا عتق عتقوا ، و إن عجز رقوا وكان الجميع ملكاً للسيد ، خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : لا يجوز شراؤه بغير إذن سيده .

دليلنا : أنه لو اشتراه غير المكاتب صح ، دليله : من لا يعتق بالشراء ؛ ولأن المكاتب في يد نفسه ، فأشبه الحر ، وإنما لم يعتق عليه في الحال ؛ لأن عتقه في الحال إتلاف مال الكتابة ، والمكاتب لا يصح تصرفه في المال الذي في يده إلا على وجه الاحتياط والنظر ، ألا ترى أنه لا تصح منه الهبة ، ولا المحاباة ،

ولا القرض ، ويكون عتقهم مراعى ، فإذا عتق المكاتب عتقوا عليه ؛ ولأنه قد زال المعنى الذي أوقعنا العتق له وهو إتلاف مال الكاتبة واستقر ملكه عليهم بعد الأداء ، فلهذا أعتقوا ، وإن عجز كانوا ملكاً للسيد ؛ لأنا نتبين اشتراهم بمال السيد ، فلهذا كانوا ملكاً له .

مسألة : قال : (وإذا كان العبد بين ثلاثة ، فجاءهم بثلاثمائة درهم وقال : بيعوني نفسي بها ، فأجابوه ، فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتاباً ، أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئًا ، وشهد الآخران عليه بالقبض ، فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين ، وشاركهما فيما أخذا من المال ، وليس على العبد شيء) ظاهر كلامه يقتضي جواز العقد على رقبته يعني المال الذي في يده ، وقد منع الخرقي هذا في آخر كتاب العتق فقال : (وإذا قال العبد لرجل : اشترني من سيدي بهذا المال وأعتقني ، فاشتراه بعين المال بطل الشراء) وليس الكلام على ظاهره ؛ لأن هذا ليس ببيع ولا كتابة ، ووجه ذلك عندي والله أعلم : أن معنى المسألة أنه عتق على صفة ، وهو أن يقول : إذا قبضت منك هذه الدراهم فأنت حر ، أو قال : قد أعتقتك لمجيئك بهذه الدراهم ، وقد أعتقتك بهذه الدراهم ، فيكون عتقاً بصفة ، وليس يمنع أن يعتقوه على ما هو ملك لهم ، كما لو قالوا له : [إذا] اكتسبت مائة درهم وجئتنا بها فأنت حر ، فمتى فعل هذا وجاءهم بها عتق لوجود الصفة ، وإن كانت المائة ملكاً لهم ، كذلك هاهنا ، ويفارق هذه المسألة التي ذكرنا في العتق ؛ لأن ذلك بيع ، فلهذا بطل البيع إذا كان بعين المال ، ويحتمل أن تكون المسألة على أنهم كاتبوه على مال ثم جاءهم بأقل منه ، فقال لهم : بيعوني نفسي حالاً ، فإنه يصح ؛ لأنا عندنا يجوز بيع المكاتب؛ ولأنه يجوز أن يعجل المكاتب لسيده بشرط أن يضع عنه بعض

كتابته، وإنما قلنا : يعتق ؛ لأن الشريكين قد شهدا بصحة ما ادعاه العبد ، والعتق يثبت بشهادة رجلين ، فلهذا كان حراً ، ولم يكن عليه شيء ؛ لأنهما قد شهدا له بوفاء المال الذي أعتق عليه ، ويرجع الشريك على الشريكين ، فشاركهما فيما أخذ من المال وهو المائتان ، لأنهما قد اعترفا على أنفسهما بالأخذ من العبد ، وهو ينكر أن يكون قد أخذ بحصته شيئاً ، فيجب أن يكون شريكاً لهما فيما اعترفا به ؛ لأن المال الذي كان في يد العبد كان مالكاً لجماعتهم ، فيجب أن يشاركهم فيه .

مسألة : قال : (وإذا قال السيد : كاتبتك على ألفين ، وقال العبد: على ألف، فالقول قول السيد مع يمينه) وذلك لأنه اختلاف في الكتابة ، فوجب أن نقول : القول قول السيد ، دليله : لو اختلفا في أصل الكتابة .

مسألة : قال : (وإذا أعتق الأمة أو كاتبها وشرط ما في بطنها ، أو أعتق ما في بطنها [دونها] فله شرطه) خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : لا يصح اشتراطه .

دليلنا : ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما- أنه باع جارية واستثنى ما في بطنها[1] ، فإذا جاز ذلك في البيع فأولى أن يجوز في الكتابة ؛ لأن الكتابة عتق بصفة ، والبيع عتق ومعاوضة محضة ؛ ولأنه لما صح إقراره بالعتق صح استثناؤه في الكتابة ، دليله لو كان منفصلاً ، وأما إذا أعتق ما في بطنها فإنما يصح إقراره في الكتابة . دليله : لو كان منفصلاً . وأما إذا أعتق ما في بطنها فإنما يصح إقراره بالعتق ؛ لأن أكثر ما فيه أنه غير شيء مجهول ، وهذا يصح ، كما لو أعتق

---

(١) لم أجده . وانظر مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٩٧٥) فقد سئل عن ذلك فقال : له ثنياه .

أحد عبيده لا بعينه ، ولأن له حكم الانفراد بدلالة الوصية له وبه ، ولأنه قد ثبت له حكم الحرية دونها ما دام حملاً وهو السيد إذا وطئ أمته فعلقت منه فإنها تعلق بحر وهي أمة ، كذلك هاهنا لا يمنع أن يعتق دونها .

مسألة : قال : (ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ، ويضع عنه بعض كتابته) خلافاً للشافعي - رحمه الله- في قوله : لا يجوز .

دليلنا : أن مال الكتابة ليس بدين صحيح على المكاتب ؛ لأنه عبد ، والمولى لا يثبت له على عبده دين صحيح ، ولهذا لم يجبروا الكفالة به ، فإذا كان كذلك وكان مال الكتابة ألفاً فصالحه على خمسمائة ، لم يجز أن يقال : إن الخمسمائة المصالح عليها بدل عن ألف مستحقة بالعقد ؛ لأنا قد بينا أن الألف مستحقة في الحقيقة ، فيجب أن يحمل على أن المولى أخذ بعض الألف وأسقط الباقي ، وليس كذلك ألف المؤجلة على غير المكاتب ؛ لأنها دين صحيح وعمل المداينة لم يوجب استحقاق خمسمائة حالة ، وإنما يريد استحقها المصالح بعقد الصلح ، فيصير بيع ألف بخمسمائة فلا يجوز .

مسألة : قال : (وإذا كان العبد بين اثنين ، فكاتب أحدهما ولم يؤد كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد حراً ، ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته) إنما تقدم العتق في نصيب الشريك المكاتب ؛ لأن المعتق موسر، فسرى عتقه إلى حصة شريكه ، دليله : لو لم يكاتبه ، ويلزم المعتق قيمة حصة شريكه ؛ لأنه أتلف عليه حصته ، وإن كان معسرّاً لم يسر العتق ، وقد تقدم شرح هذا في العتق.

مسألة : قال : (وإذا عجز المكاتب ورد في الرق وقد كان تصدق عليه فهو لسيده) وهذا على اختلاف الروايتين عن أحمد - رحمه الله- ، فنقل حنبل عنه :

أن المال الذي تصدق عليه يجعل بين المكاتبين ، وهو اختيار أبي بكر ، وهو الصحيح ؛ لأنه إنما دفع إليه ليقع له به العتق ، وما وقع فهو كما لو دفع إلى الغارم ليقضي دينه ، وللغازي ليغزو ، فلم يفعلا ذلك فإنه يلزمهما الرد ، ويمكن له نحمل ما نقله الخرقي على أنه لم يكن في يده غير الزكاة ، وإنما وجد به لها وربحها ، فيكون لسيده.

مسألة : قال : (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما [الآخر] صح شراء الأول ، وبطل شراء الثاني) أصل هذه المسألة جواز بيع المكاتب ، وإنما جاز شراء أحدهما للآخر ؛ لأن كل ما جاز للغير شراؤه جاز للمكاتب شراؤه، دليله: العبد القن ، وأما شراء الثاني فلا يصح ؛ لأن الأول قد ملكه وما في يده ، فلو قلنا : يصح شراء الثاني أدى إلى تناقض الأحكام ؛ لأن الأول يقول : أنا سيدك يجب أن تؤدي إليّ ، وأرثك بالولاء ، والثاني يقول : مثل هذا ، فلم يصح ، كما لم يصح للزوجة أن تملك زوجها مع بقاء النكاح لهذا المعنى .

مسألة: قال: (وإذا شرط في كتابته أن يوالي من شاء ، فالولاء لمن أعتق ، والشرط باطل) لما روي في حديث عائشة في قصة بريرة لما شرط مواليها الذين باعوها الولاء أنكر النبي ﷺ ذلك وقال : « الولاء لمن أعتق »[1] فأبطل الشرط وحكم بالولاء لعائشة ؛ ولأن العتق من جهته ؛ لأنه يحصل بالأداء ، والأداء إليه حصل ، وقد قال النبي ﷺ : « الولاء لمن أعتق » .

مسألة : قال : (وإذا أسر العدو المكاتب ، فاشتراه رجل ، فأخرجه إلى سيده، فإن أحب أخذه، أخذه بما اشتراه ، فهو على كتابته يعتق بالأداء ، وولاؤه

(١) سبق تخريجه .

لمن يؤدي إليه) أصل هذه المسألة : أن المشركين إذا غلبوا على أموال المسلمين ملكوها بالقهر والغلبة ، فإذا [استولوا] على عبد مكاتب ملكوه أيضاً ؛ لأنه مما يصح أن يملكه بالشراء ، فصح الملك بالقهر والغلبة، كسائر الأموال ، ولاتنفسخ الكتابة ، كما لو باعه فإن البيع يصح ويكون مكاتباً في يد مشتريه ، فإن اشتراه رجل من أهل الحرب صح الشراء ؛ لأنهم قد ملكوه بالقهر ، فإن اختار السيد أخذه من المشتري بما اشتراه فله ذلك ، كما لو حصل المكاتب في مال الغنيمة ، [فإنه][1] للسيد بالثمن إن كان بعد القسم، وله أخذه بغير ثمن إن كان قبل القسمة، ويكون مكاتباً في يده ؛ لأن الكتابة لم تبطل ، فهو كما لو اشترى مكاتباً فإن الكتابة لا تبطل ، وإن لم يختر أخذه كان ملكاً لمشتريه ، ويكون الولاء لمن يؤدي إليه ؛ لأن العتق من جهته يحصل ؛ لأنه يحصل بالأداء ، والأداء إليه حصل .

* * *

(١) في المخطوط : « فإن » .

كتاب عتق أمهات الأولاد

مسألة : قال : أبو القاسم : (وأحكام أمهات الأولاد ، أحكام الإماء في جميع أمورهن إلا أنهن لا يبعن) خلافاً لما روي عن علي[١] وابن الزبير[٢] جواز ذلك، وهو قول داود .

دليلنا : ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « أيما امرأة ولدت من سيدها فهي حرة عند موته »[٣] فاقتضى الخبر أنها تعتق بموت السيد على كل حال ، وهذا يمنع جواز التصرف فيها . وروى عبدالله بن عمر أن النبي ﷺ قال : « أم الولد لا تباع ولا توهب ولا تورث يستمتع بها مده حياته ، فإذا مات فهي حرة » ولأنها علقت بحر في ملكه فلم يجز بيعها ، كما لو كانت حاملاً

وقوله: (أحكامها أحكام الإماء في غير البيع) يعني مثل الولايات والشهادات والعبادات والملك والميراث والتزويج وإقامة الحدود عليه ونحو ذلك ، وإنما شابهت الحرة في منع البيع والهبة بحصول سبب الحرية فيها بالإيلاد ، والبيع بقطع النسب ، ويزيله ، وليس كذلك في بقاء هذه الأحكام عليها ؛ لأنها تزيل حرمة الإيلاد ، ألا ترى أنها تعتق بعد الإيلاد ألا ترى أنها تعتق بعد الموت ، فلهذا فرقنا بينهما .

---

(١) رواه البيهقي (١٠/ ٣٤٣) ، وابن أبي شيبة (٢٢٠١٠) .

(٢) رواه البيهقي (١٠/ ٣٤٣) ، وابن أبي شيبة (٢٢٠١١) ، وسعيد بن منصور (٢٠٣٥) ، وعبدالرزاق (١٣٢٢٨) .

(٣) رواه الإمام أحمد في المسند (١/ ٣١٧، ٣٢٠)، وابن ماجه (٢٥١٥)، والدارقطني (٤/ ١٣٠)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٦)، وقد ضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ٩٧) وضعفه أحمد شاكر في المسند برقم (٢٧٥٩) .

مسألة : قال : (وإذا أصاب الأمة وهي ملك غيره بنكاح ، فحملت منه ، ثم ملكها حاملاً عتق الجنين ، وله بيعها) أما عتق الجنين فلأجل الرحم ، ولأن الأب يعتق عليه أبيه إذا ملكه بالرحم ، وأما الأم فلا تكون أم ولد ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تكون أم ولده ، وخلافاً لمالك في قوله : إن ملكها قبل انفصال الولد عتق وسرى حكم الحرية إلى الأم ، فتصير أم ولد ، لا يجوز التصرف فيها، وإن ملكها بعد انفصال الولد لم يثبت لها حكم الاستيلاد ، وقد روى عن أحمد – رحمه الله– أنه إن وطها على الحمل بعد أن ملكها في وقت يؤثر وطؤه في صفة الولد كانت أم ولد، وإن كان في وقت لا يؤثر في صفته لم تكن أم ولد؛ لأن النبي ﷺ قال : « إنما يزيد في السمع والبصر »[1] وإذا ثبت أنه يزيد في صورته عتق عليه ؛ لأنه قد حل الولد بعض منه في ملكه ، فيعتق عليه .

وجه ما نقله الخرقي : ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: « أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » فأثبت أن العتق بالموت إذا ولدت من سيدها ، فدليله : أنها إذا ولدت من غير سيدها لم تعتق عن دبر ، وعندهم أنها تعتق ؛ ولأنها علقت بمملوك ، فلم يثبت لها بذلك العلوق ، كما لو زنى رجل بامرأة فأتت بولد ثم ملكها وولدها .

ولأن حكم الحرية إنما يسري من الولد إلى الأم ، بدلالة أنه ما لم يجد الولد لم يثبت للأم حرمة الاستيلاد ، فإذا كان كذلك وكان الولد الذي علقت به في هذه الحالة لم يثبت له حرمة الحرية كان بأن لا يثبت للأم حرمة بهذا العلوق أولى ، يؤكد صحته هذا : أن الحرية التي ثبتت للولد آكد من الحرية التي ثبتت

---

(١) لم أجده .

للأم ؛ لأن حرمة الولد متنجزة وحرمة الأم ثبتت منتظرة إلى وقت الوفاة ، فلما لم يثبت للولد في هذا الموضع حرمة ، وكان بأن لا يثبت للأم أولى.

مسألة : قال : (وإذا علقت منه في ملكه ، فوضعت ما يبين بده خلق الإنسان ، كانت له بذلك أم ولد ، فإذا مات فقد صارت حرة ، وإن لم يملك غيرها) معنى هذا الكلام أنه إذا لم يتبين فيه خلق الإنسان فلا تصير أم ولد ؛ لأنه إنما يثبت لأم الولد حرمة بالولد ، والولد ما يثبت له حرمة فكيف تصير أم ولده .

وقوله : (فإن مات عتقت بموته وإن لم يملك غيرها) معناه أنها تعتق من صلب المال ، والدلالة عليه : حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال في مارية : «أعتقها ولدها »[1] ومعلوم أنه ما نجز عتقها ؛ لأنه خلاف الإجماع ثبت أنها بوفاته ؛ ولأن إحباله لا يخلو : إما أن يكون في حال صحته أو حال مرضه، فإن كان في حال صحته فهو إتلاف في حال الصحة ، فهو من رأس المال، وإن كان في حال مرضه فهو من ملاذه وشهواته ، فهو من صلب ماله ، كاللباس والطيب ونحوه .

مسألة : قال : (وإذا صارت الأمة أم ولد بما في وصفنا ، ثم ولدت من غيره ، كان له حكمها في العتق بموت سيدها) هذه المسألة في ولد أم الولد إذا أتت به، فإن كان من سيدها فهو حر ؛ لأنه إذا أحبل أمته القن كان ولده منها حراً ، فبأن يكون هذا الولد حراً أولى ، وإن أتت به من غيره وهو إن أتت به من زوج أو زنى فهو مملوك لسيدها ؛ لأنه ولد منه ، ولكن قد ثبت له سبب حرمتها ، فلا تباع ولا توهب ولا تورث ، كالأمة سواء ؛ لأن الولد يتبع أمه في الحرية ، وسبب

---

(١) رواه ابن ماجة في العتق (٢٥١٦) . قال الألباني : ضعيف .

الحرية قد ثبت لها بحيث يمنع بيعها ، كذلك ولدها مثلها ، فإذا مات السيد عتق هو وأمه معاً ، وإن ماتت الأم أولاً قبل سيدها كان سبب حرية الولد ثابتًا على ما كان يعتق بموت السيد ، كما لو كانت باقية .

مسألة : قال : (وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها) فإن أسلم حلت له ، وإن مات قبل ذلك عتقت ، قد تقدم شرح هذه المسألة ، ولكن نعيدها ، وعلته : أنها إذا أسلمت لم تعتق عليه بالإسلام ولا تسعى ، خلافًا لمالك في قوله : [تعتق بالإسلام، ولأبي حنيفة في قوله] : يقضى بالسعاية ، فإذا أدت عتقت ، وقد روي عن أحمد – رحمه الله – مثل هذا .

والدلالة على أنها لا تعتق بالإسلام : أنه إسلام طرأ على ملك ، فلم يوجب عتق ولا سعاية ، كالعبد القن إذا أسلم .

ولأن بالإعتاق والاستسعاء يلحقه ضرر ؛ لأن العتق إزالة ملك بغير عوض ، والاستسعاء إزالة ملك بعوض مؤجل ، وفيه إضرار به ، فلم يجبر عليه ، وإنما منع من غشيانها ؛ لأنه لا يمكن سيد كافر بانتهاك مسلم ، لما فيه من الذلة والصغار ، ويلزمه نفقتها على التمام ؛ لأن منع الوطء منها بسبب هي طائعة فيه ، فلا تسقط النفقة ، كالحيض والمرض ، وإن مات عتقت ؛ لأنها من أمهات الأولاد ، فعتقت بموته ، كالمسلم .

ووجه الرواية الثانية : أن في ترك الاستسعاء إقرار ملك الكافر على مسلمة ، فلم يجز ، دليله : لو ابتدأ ملك أمة مسلمة وكان المعنى في ذلك دخول الذلة والصغار في ملكه المسلمة ، وهذا المعنى موجود في استدامة ملك المسلم ، فلما لم يمكن جواز بيعها بحصول سبب الحرية ، حكمنا بالاستسعاء ؛ لأن فيه

تكميل الحرية في رقبتها .

مسألة : قال : (وإذا عتقت أم ولد بموت سيدها ، فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها) وذلك لأنها غير مالكة لما في يدها ؛ لأنها ناقصة بالرق ، والمنقوص بالرق لا يملك ، فلهذا كان لورثة السيد فهو بمنزلة عبد أعتق وفي يده مال فإنه لسيده ، كذلك هاهنا .

مسألة : قال : (ولو وصى لها بما في يدها كان لها إذا احتمله الثلث) وذلك لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه وصى لأمهات الأولاد بأربعة آلاف ؛ ولأن الوصية تلزم بالوفاة ، وهي في هذه الحالة تعتق بوفاته فكانت حرة حين لزم الوصية ، فصحت الهبة لها كالحرة الأجنبية ، وتكون معتبرة من الثلث ، كما نعتبر في حق الأجنبي .

مسألة : قال : (وإذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : تعتد ثلاثة أقراء ، وكذلك لو أعتقها في حال حياته ، وخلافاً لعمرو بن العاص : أنها تعتد أربعة أشهر وعشراً[1]، وقد روي عن أحمد - رحمه الله - مثل ذلك .

وجه ما نقله الخرقي : أن عدتها حيضة ، و عن أبي حنيفة : أن عدة الطلاق تختلف بالرق والحرية ، فلم تجب على أم الولد ، كعدة الوفاة ، ولأنه استبراء يجب بعد زوال الملك عن الرقبة ، فوجب أن يكون قرءًا ، كالاستبراء للأمة المبيعة .

والدلالة على أنها لا تجب عدة الوفاة : هو أن عدة الوفاة تجب لأجل حرمة

---

(١) سيأتي .

الزوجية ، ألا ترى أن من نكح امرأة نكاحاً فاسداً ومات عنها لم يلزمها عدة الوفاة ، وحرمة الزوجية هاهنا معدومة .

ووجه الرواية الثانية : ما روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا ﷺ عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرًا[١] ، والصحابي إذا قال : سنة ، أراد به سنة النبي ﷺ ؛ ولأنها عدة وجبت في حال الحرية عن وفاة ، فكانت أربعة أشهر وعشراً ، دليله : المتوفى عنها زوجها .

مسألة : قال : (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها ، فإن عادت فجنت ، فداها كما وصفت) خلافاً لأبي ثور في قوله : تجب [في] ذمتها تتبع بها: إذا عتقت ، وبه قال أهل الظاهر ، وخلافاً للشافعي - رحمه الله- في أحد القولين : إذا جنت فضمن قيمتها ثم عادت فجنت لم يضمن شيئًا ، وشارك التالي الأول في تلك القيمة .

والدلالة على أن جنايتها مضمونة على السيد : [أن السيد][٢] منع من بيعها سبب لا يتعلق أرش الجناية بذمتها فلزمه ضمان الأرش ، كما لو كان له عبد فجنى ، فمنع من بيعه في الجناية ، ولا يلزم عليه إذا أعتقها ثم جنت ، لأنه بلغ بها حالاً لا يتعلق أرش الجناية بذمتها وهي الحرية.

والدلالة على أن الجناية الثانية مضمونة : أنه إذا ضمن قيمتها للأول فقد فرغت الرقبة من الجناية ، فإذا قتلت الثاني ثبتت الجناية الثانية في رقبتها واستحقت بها ، وقد صار المولى مانعاً بالاستيلاد المتقدم ، فضمن قيمة أخرى كأنها لم تقتل غيره ؛ ولأنه منع من بيعها بمعنى لم يبلغ بها إلى أن يتعلق الحق

---

(١) رواه أحمد (٤/ ٢٠٣) وسنده مقطوع .

(٢) ما بين المعقوفين من النسخة الثانية .

بذمتها ، فكان عليه أرش جنايتها ، كما لو جنت أمته القن ، فاختار أن يفيدها فإن عليه الضمان ، ولا يلزم عليه إذا أعتقها ثم جنت لم يكن عليه أرش جنايتها؛ لأنها بالغ حالاً لا يتعلق بذمتها وهي الحرية .

مسألة : قال : (ووصية الرجل لأم ولده جائزة) وذلك لأن الوصية تلزم بالوفاة ، وهذه تعتق بوفاته ، فكان حراً حين لزوم الوصية فصح لها الوصية كالحرة الأجنبية .

مسألة : قال : (وله تزويجها وإن كرهت) ، وذلك لأنه يملك رقبتها ومنفعتها ، بدليل : أن له وطؤها ، والوطء لا يحل إلا بنكاح أو ملك ، فلما حلت بغير نكاح ثبت أنها نكحت بالملك ؛ ولأن له منافعها ، بدليل : أنه يأخذ كسبها ، فإذا كان مالكاً لرقبتها وكسبها ملك إجبارها كالأمة القن ، ولأن لها سبب حرية يحصل بالوفاة ، وهذا يمنع إجبارها على النكاح كالمدبرة ، ولأن مهرها لو كان كالكسب وكالأجرة ومن حيث كان المهر والمنفعة له ملك إجبارها على النكاح، كما يملك إجبارها على أن يؤجرها .

مسألة : قال : (ولا حد على من قذفها ، ونقل أبوطالب عن أحمد رحمه الله أن عليه الحد) .

وجه ما نقله الخرقي : أنها ناقصة بالرق ، فلم يجب الحد على قاذفها، دليله : الأمة القن ، والمكاتبة ، والمدبرة .

ووجه الثانية : ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : عليه الحد[1] ؛ ولأنه لا يجوز بيعها لحرمتها ، فكان على قاذفها الحد كالحرة .

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٣٧٩٩) .

مسألة : قال : (وإن صلت مكشوفة الرأس كرهنا لها ذلك وأجزأها) وقد روي عن أحمد - رحمه الله- أنه لا يجزئها .

وجه ما نقله الخرقي : أن أحكامها أحكام الإماء إلا في البيع ، كذلك في باب الصلاة .

ووجه الرواية الثانية : أنه لا يجوز بيعها لحرمتها فهي كالحرة .

مسألة : قال : (وإذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها) خلافاً للشافعي -رحمه الله- في قوله : عليها الدية .

دليلنا : أنه جناية من أم الولد ، فلم يتعلق بها أكثر من قيمتها ، دليله : لو جنت على الأجنبي والسيد حي فإنه لا يلزم السيد أكثر من قيمتها ؛ ولأنها ناقصة بالرق فلم تضمن بأكثر من قيمتها ، دليله : الأمة القن والمدبرة والمكاتبة ، يبين صحة هذا : أن الحرية والجناية يحصلان بموت السيدة بحيث لا يتقدم أحدهما الآخر ، والحرية لها سبب الجناية ، فلم يلزمها جناية حرة ؛ لأنها قبل الجناية لم تكن ممن لها ذمة صحيحة تتعلق الجناية بها ، فلهذا لم يلزمها دية حر كاملة ؛ ولأن الصحيح من المذهب أن الدية تستحق بآخر جزء من أجزاء حياة المقتول ، وهي في تلك الحال ناقصة بالرق ، فلم يلزمها دية حر ؛ لأنه ليس لها ذمة صحيحة . تم الكتاب ، الحمد لله وحده ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

* * *

فهرس المواضيع

الموضوع	الصفحة

الموضـوع	الصفحة

* * *